

**Ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold- med
særlig vekt på de nye varslingsreglene i
arbeidsmiljøloven.**

Kandidatnummer: 681

Leveringsfrist: 25-04-2008

Til sammen 17795 ord

22.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Problemstilling	5
1.2	Begrepsavklaring	5
1.3	Avgrensning	7
<u>2</u>	<u>HOVEDDEL</u>	<u>7</u>
2.1	Tidligere rettstilstand	8
2.2	Hvorfor ytringsfrihet?	9
<u>3</u>	<u>YTRINGSFRIHETEN</u>	<u>11</u>
3.1	Grl § 100(1)	12
3.2	Grl § 100 (2)	12
3.3	Grl § 100(3)	12
3.4	Grl § 100 (4)	14
3.5	Grl § 100 (5) og (6)	14
<u>4</u>	<u>FORHOLDET TIL EMK.</u>	<u>14</u>
<u>5</u>	<u>LOJALITETSPLIKTEN.</u>	<u>15</u>
5.1	Hvem retter lojalitetsplikten seg mot?	16
5.2	Når kan en ytrings anses for å være illojal?	20
5.2.1	Lojalitet i forhold til arbeidstakers/ varslersens posisjon eller stilling.	24

5.2.2	Fremgangsmåte og form det varsles på.	24
5.2.3	Motiv for varslingen/ytringen.	25
5.2.4	Brudd på lovfestet taushetsplikt.	26
5.2.5	Betydningen av at ytringen er av allmenn interesse.	26
5.3	Noen kritiske bemerkninger til kravet om ”legitim interesse”.	27
5.4	Lojalitetskravet – fortsatt gjeldene rett?	28
5.5	Forsvarlighetskravet versus lojalitetskravet – to sider av samme sak?	30
5.5.1	Forsvarlighetskravet versus lojalitetskravet.	30
<u>6</u>	<u>NÆRMERE OM INNHOLDET I DE NYE VARSLINGREGLENE- AML § 2- 4 OG § 2-5.</u>	<u>32</u>
6.1	En liten historie.	32
6.2	Kritikkverdige forhold- hva ligger i dette?	33
6.3	Forsvarlighetskravet.	34
6.3.1	Kravet om aktsom god tro.	35
6.3.2	Betydningen av varslingsmåten.	36
6.3.3	Offentlig varslings.	37
<u>7</u>	<u>DE LEGE –FERENDA.</u>	<u>40</u>
7.1	Noen kritiske bemerkninger til forsvarlighetskravet.	40
<u>8</u>	<u>ADGANGEN TIL Å VARSLE TIL TILSYNSMYNDIGHETER OG I HENHOLD TIL VIRKSOMHETENS RUTINER.</u>	<u>42</u>
<u>9</u>	<u>VARSLINGSPLIKT ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN.</u>	<u>43</u>
<u>10</u>	<u>AVTALEFESTET TAUSHETSPLIKT OG FORHOLDET TIL VARSLINGSREGLENE.</u>	<u>44</u>

<u>11</u>	<u>BEVISBYRDEPROBLEMATIKK.</u>	<u>46</u>
<u>12</u>	<u>FORBUDET MOT GJENGJELDELSE.</u>	<u>47</u>
12.1	Gjengjeldelsesbegrepet.	47
12.2	Delt bevisbyrde.	48
12.3	Gjengjeldelsesforbudet – gjenstand for antitetisk tolkning?	49
12.4	Om lovstridig gjengjeldelse.	50
<u>13</u>	<u>ADGANG TIL ANONYM VARSLING?</u>	<u>50</u>
13.1	Fordel eller ulempe med anonym varsling?	51
<u>14</u>	<u>VARSLING ETTER VIRKSOMHETENS RUTINER – EN BEGRENSNING I OFFENTLIG VARSLING?</u>	<u>53</u>
<u>15</u>	<u>REGLENE OM INTERN VARSLING I ARBEIDSLIVET.</u>	<u>56</u>
<u>16</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>57</u>
<u>17</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>

1 Innledning

Det har den siste tiden vært mye snakk om hva som skjer når en ansatt sier fra om kritikkverdige forhold ved virksomheten. Et eksempel er Yssen- Valla saken som skapte enorm interesse i media. I dette tilfellet gikk Ingunn Yssen til pressen med sterk kritikk av Gerd- Liv Valla som sjef. Hun varslet om det hun mente var sterkt kritikkverdige forhold i virksomheten, LO, som hun arbeidet for. Et annet eksempel er BAHN-saken. I dette tilfellet stilte en ansatt spørsmål ved en faktura som skulles utbetales fra advokatfirmaet BAHN til Tønne Consult. Den ansatte, Kari Breirem, ble omtalt som varslers idet hun sa ifra om det hun mente var et kritikkverdig forhold ved virksomheten. Også denne saken fikk en massiv mediaomtale og saken hadde også tragiske følger – idet omstendighetene førte til Tore Tønnes død. Det har vært flere saker de siste årene, også flere enn de her nevnte, hvor en ansatt varsler om kritikkverdige forhold ved virksomheten. Når så slike situasjoner oppstår dukker det opp et sentralt spørsmål: Hva slags vern har en arbeidstaker når han eller hun varsler om kritikkverdige forhold ved virksomheten? Med andre ord hva kan man si ifra om og hvordan kan dette gjøres uten at arbeidsgiver iverksetter sanksjoner mot den som sier ifra (varsleren)?

Den 1 januar 2007 trådte de nye varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 17 juni 2007 i kraft, henholdsvis § 2-4 og § 2-5. Det er disse reglene som skal regulere varslersens rettsvern i de tilfeller hvor en arbeidstaker velger å si ifra om kritikkverdige forhold ved virksomheten. Arbeidstakers varslings om kritikkverdige forhold (aml § 2- 4) er i realiteten bare en del av det generelle spørsmålet om ansattes ytringsfrihet som igjen er et utslag av den allminnelige ytringsfriheten. Den ansattes ytringsfrihet ”gjelder alle ytringer som arbeidstaker fremmer på egne vegne og som berører virksomheten¹”. Når man er i et ansettelsesforhold oppstår spørsmålet hvor langt ytringsfriheten strekker seg- med andre ord hva kan man uttale seg om som arbeidstaker? Og hvor går grensen i forhold til når en ytring skal anses å være illojal? Problematikken rundt ytringsfriheten i arbeidsforhold må altså ses i forhold til den lojalitet som eksisterer i arbeidsforhold. Å redegjøre for forholdet mellom ytringsfrihet (varslings) og lojalitet i arbeidsforhold vil med dette være den overordnede problemstillingen i denne oppgaven. I lys

¹ Vigerust s 103

av de ulike, og ovenfornevnte saker, vil jeg også se nærmere på innholdet av de nye varslingsreglene i arbeidsmiljøloven og hvilket rettsvern disse reglene gir for arbeidstakerne.

1.1 Problemstilling

Problemstillingen i denne oppgaven vil være å redegjøre for forholdet mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold. I den forbindelse vil det særlig legges vekt på de nye varslingsreglene som trådte i kraft 1 januar 2007 og det rettsvern disse reglene utgjør for arbeidstakerne.

1.2 Begrepsavklaring

I det følgende vil det bli redegjort for en del begreper som vil bli brukt i oppgaven.

”Varsler/ *whistleblower*”: Den som varsler om kritikkverdige forhold innen virksomheten, jf aml 2-4².

”Varsling”: Med varsling menes å si ifra. Etter arbeidsmiljøloven menes de tilfeller der ”arbeidstakere sier ifra om kritikkverdige forhold i virksomheten der de arbeider”³.

Med *intern* varsling siktes det til varsling internt i virksomheten man arbeider for, for eksempel varsling til sjefen. *Ekstern* og/ eller *offentlig* varsling er en annen fremgangsmåte for varsling. Med *offentlig* varsling menes varsling til for eksempel media, aviser eller varsling gjennom ”andre kommunikasjonskanaler med en stor og åpen mottakerkrets”⁴. Det kan sies at offentlig varsling er en form for ekstern varsling. En annen type *ekstern* varsling kan være varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter, jf aml § 2-4(2) annet punktum. I denne oppgaven vil begrepene ekstern og offentlig varsling bli brukt noe om hverandre da de i mange tilfeller vil være sammenfallende.

² Jakhelln, ”Oversikt over arbeidsretten”, s. 305

³ Vigerust s 105

⁴ Ot.prp.nr 84 (2005-2006) merknad 9

”Arbeidsgiver”: Etter arbeidsmiljøloven defineres arbeidsgiver som ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”, jf aml § 1-8(2). Det antas at arbeidsmiljøloven bygger på et funksjonelt arbeidsgiverbegrep⁵. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen⁶ at arbeidsgiveransvaret ikke bare skal legges på den som arbeidstaker er formelt ansatt hos, men det kan også omfattes av konsernselskaper og andre med bestemmene innflytelse og lignende. I tillegg uttaler departementet at ”det etter gjeldene rett blant annet skal legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner⁷.”

”Arbeidstaker”: Med arbeidstaker menes ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”, jf aml § 1-8(1). Denne ordlyden kan sies å trekke i retning av at dersom arbeidsmiljøloven skal kunne gjøres gjeldene må den ansatte både har inngått en arbeidsavtale samt at vedkommende har *tiltrådt* arbeidet⁸. Bestemmelsen skal imidlertid ikke forstås på den måten. At en arbeidstaker har tiltrådt stillingen kan altså ikke sies å være en nødvendighet for at bestemmelsen skal kunne få anvendelse. En vurdering av hvorvidt reglene i arbeidsmiljøloven får anvendelse der hvor arbeidstaker ennå ikke er tiltrådt må vurderes utifra reelle hensyn⁹. Slike reelle hensyn vil måtte vurderes utifra om det er snakk om offentligrettslige relasjoner eller privatrettslige relasjoner. Når det gjelder offentligrettslig sammenheng kan tiltredelse trolig ikke betraktes som et vilkår for å anvende arbeidsmiljølovens regler¹⁰. Et eksempel er at reelle hensyn taler for at Arbeidstilsynet har adgang til å gi forhåndssamtykke til avvikende arbeidstidsordninger til en person som er i gang med å starte opp en virksomhet til tross for at ingen er ansatt eller tiltrådt ennå¹¹. Når det gjelder tiltredelse i forhold til privatrettslige regler så er hovedregelen at de rettigheter og plikter som følger av et arbeidsforhold aktualiseres ved tiltredelsen¹². Men ingen regel uten unntak - det kan være at rettigheter og plikter som følger av et arbeidsforhold

⁵ Jakhelln, ”Oversikt over arbeidsretten”, s. 36

⁶ Ot.prp.49(2004-2005) s 76

⁷ Ot.prp.49(2004-2005) s 76

⁸ Jakhelln s. 223

⁹ Jakhelln s 223

¹⁰ Jakhelln s 224

¹¹ Jakhelln s 224-225

¹² Jakhelln s 225

vil inntre på det tidspunkt man inngår en arbeidsavtale. Jeg vil ikke gå nærmere inn på disse reglene men kun belyse den problematikken som gjør seg gjeldene hva angår arbeidstakerbegrepet.

”*Virksomhet*”: Dette er en betegnelse for ”de driftsmessige aktiviteter som ledes av arbeidsgiver innen en organisatorisk ramme, og som kan være geografisk avgrenset i større eller mindre grad¹³”.

1.3 Avgrensning

Arbeidsmiljøloven gjelder for ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven”, jf aml § 1-2(1). Særskilte unntak fremgår av bestemmelsens annet ledd. Eksempelsvis er sjøfart, fangst og fiske jf § 1-2 (2) bokstav a unntatt fra loven. Det betyr videre at reglene om varsling jf aml § 2-4 og 2-5 gjelder i de fleste arbeidsforhold, herunder også for statens tjenestemenn, jf tjenestemannsloven av 4 mars nr 3 1983. Oppgavens tema vil derfor gjelde for en rekke virksomheter som sysselsetter arbeidstakere og oppgaven vil således være relevant for et betydelig antall arbeidsgivere og arbeidstakere.

2 Hoveddel

Arbeidstakernes ytringsfrihet er både grunnlovsfestet og lovfestet. Grunnloven § 100 gir ansatte rett til å ytre seg og bestemmelsen er vid i form av at den rammer en rekke ulike typer ytringer. Den nye arbeidsmiljøloven § 2-4 gir ansatte en rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten de arbeider for. Bestemmelsen regulerer arbeidstakerens rett til å si ifra om kritikkverdige forhold i virksomheten, jf § 2-4 (1) samt at dette skal gjøres på en forsvarlig måte, jf § 2-4 (2). Denne bestemmelsen setter rammer for hva/hvordan en arbeidstaker kan si ifra. Holder arbeidstakerens seg innenfor disse bestemmelser sine rammer, har vedkommende

¹³ Jakhell ”Oversikt over arbeidsretten” s 24-25

et vern mot gjengjeldelse etter aml § 2-5. Ytringer som er rent politiske eller bare meningsytringer rammes ikke av § 2-4. Slike ytringer vernes av grunnloven § 100. Men ikke alle ytringer vil ha et slikt vern som grl § 100 oppstiller. I noen tilfeller vil ytringsfriheten kunne bli begrenset av den lojalitetsplikt som eksisterer i arbeidsforhold. I denne oppgaven vil jeg redegjøre for hvordan nettopp ytringsfriheten og lojalitetsplikten forholder seg til hverandre når man er i et arbeidsforhold. I den forbindelse vil det spesielt legges vekt på hvordan de nye varslingsreglene gjør seg gjeldene. Spørsmålet om når og hvordan man skal varsle om et kritikkverdig forhold er i realiteten et spørsmål om hvor langt ytringsfriheten rekker, eventuelt før den da blir begrenset av lojalitetsplikten.

2.1 Tidligere rettstilstand

I denne oppgaven er det særlig to bestemmelser som er viktige og som får mye omtale. Det er grunnlovens § 100 og arbeidsmiljølovens § 2-4. Som vi skal se nærmere på ble grl § 100 revidert i 2004 med det formål å styrke de ansattes ytringsfrihet. I 2005 fikk vi ny arbeidsmiljølov som regulerte arbeidstakerens rett til å varsle om kritikkverdige forhold ved virksomheten jf aml § 2-4. Bestemmelsen trådte forøvrig i kraft 1 januar 2007.

Et hensyn som lå til grunn for de nye varslingsreglene var at lovgiver ønsket å **lovfeste** retten til å varsle om kritikkverdige forhold ved en virksomhet- den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 hadde ingen regler som regulerte den ansattes rett til å varsle¹⁴. Før de nye varslingsreglene trådte i kraft baserte ytringsfriheten seg i stor grad på grunnlovens § 100 sammen med ulovfestede regler om varsling. Formålet med forslaget til ny aml § 2-4 var etter regjeringens ønske å styrke vernet av varslere og ytringsfriheten generelt¹⁵. En lovfesting kunne således sies å være et middel for å nå målet om styrket rettsvern for varslerne.

En sentral problemstilling i den forbindelse er hvilken vekt rettspraksis før 1 januar 2007 har *etter* at de nye reglene om varsling trådte i kraft. Det finnes en rekke dommer som omhandler ytringsfrihet og lojalitetsplikt og forholdet mellom de to størrelsene. Spørsmålet er hvilken

¹⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006), pkt 2.2.

¹⁵ Ot.prp.nr.49(2004-2005), pkt 2.1

betydning disse dommene har idag. Som nevnt er formålet med lovfesting av varslingsreglene å videreføre ulovfestet rett ved en lovfesting. I så måte er det ikke noe nytt og revolusjonerende med de nye reglene. Det trekkes i den retning av at rettstilstanden ikke er særlig endret med tanke på ytringsfriheten og retten til å varsle. Måten rettstilstanden er endret på er at ytringsfriheten retten til å varsle nå skal stå enda *sterkere* enn hva den har gjort tidligere ved at retten nå er lovfestet. Med det utgangspunkt om at rettstilstanden ikke er vesentlig endret ved de nye reglene av 1 januar 2007 så synes det naturlig at rettspraksis også før denne dato tillegges vekt. Det vil i denne oppgaven bli redegjort for en rekke dommer og de vil derfor være av betydning selv om vi nå har egne regler som spesifikt regulerer den delen av ytringsfriheten som gjelder retten til å varsle, jf aml § 2-4. I forhold til § 2-4 så gjelder det fremdeles en ulovfestet lojalitetsplikt selv om en slik plikt ble ikke lovfestet i de nye varslingsreglene. Dommer som omhandler innholdet av den ulovfestede lojalitetsplikt vil være av vesentlig vekt, se blant annet ”Telenor-dommen” nedenfor underpunkt 5.1.

2.2 Hvorfor ytringsfrihet?

Et sentralt spørsmål er hvorfor vi har ytringsfrihet. Dette vil bli redegjort for i det følgende.

En av de viktigste menneskerettighetene er ytringsfriheten. Ytringsfriheten er videre et viktig utgangspunkt og en hovedregel i det internasjonale samfunn. Men selv om ytringsfriheten er den store hovedregel finnes det som kjent ingen regel uten unntak. Unntaket fra adgangen til å ytre seg kan være begrunnet i lojalitet ovenfor arbeidsgiver, altså lojalitetsplikten. Det er nettopp forholdet mellom disse to størrelsene som er kjernen i denne oppgaven. Med andre ord grensene for ytringsfriheten holdt opp i mot den lojalitetsplikt som kan sies å eksistere i arbeidsforhold.

Ytringsfriheten er grunnlovfestet i grunnlovens § 100 som sier at ”Ytringsfrihed bør finde Sted”. Bestemmelsen ble som tidligere nevnt revidert 30. september 2004. Ved revideringen var det et sentralt punkt at man ønsket å fremheve de ansattes ytringsfrihet¹⁶. Det ble blant annet fra saksordføreren sagt dette:” Grunnlovens § 100 annet ledd skal ikke hindre de ansattes

¹⁶ Jakhell, ”Oversikt over arbeidsretten,” s 306

muligheter til å si ifra om kritikkverdige forhold, enten i privat sektor eller offentlig sektor, og såkalt ”whistleblowing”, og offentlig ansattes mulighet til å ytre seg innskrenkes heller ikke”¹⁷. Det er altså et ønske fra grunnlovgivers side at man skal kunne si ifra dersom en oppdager kritikkverdige forhold ved en virksomhet. En av grunnene til dette må følgelig være at en ønsker å forhindre/avdekke korrupsjon og ulovligheter.

Et annet spørsmål er *hvorfor* vi verner om ytringsfriheten. Med andre ord, hva er det som begrunner ytringsfriheten?

Det er flere prinsipper som er med på å begrunne hvorfor ytringsfriheten er så viktig for dagens samfunn. For det første er ytringsfriheten nødvendig for å finne frem til den mest mulig riktige *sannhet*. Dette er grunnlovfestet i §100. I dette ligger det en vitenskapelig tenkemåte om at sannheten nås gjennom en prosess som er verdslig, dialektisk og kulturuavhengig¹⁸. Alle mennesker er feilbare og vår innsikt påvirkes av irrasjonalitet, personlige begrensninger og maktforhold¹⁹. Det betyr derfor at ved å høre andres argumenter og meninger så kan best mulig innsikt oppnås²⁰.

Ytringsfrihet er også en viktig forutsetning for et fungerende *demokrati*²¹. I demokratihensynet ligger det at det må være offentlighet og åpenhet rundt viktige samfunnsprosesser. Typisk forut for valg og andre viktige samfunnsprosesser må det være en fri meningsutveksling²².

Det sist men ikke minst viktige prinsippet bak ytringsfriheten er hensynet til hver enkelts persons modning og personlighetsutvikling- også kalt autonomiprinsippet *eller* prinsippet om

¹⁷ Jakhelln s 306

¹⁸ Jf NOU 1999:27 s 5

¹⁹ NOU 1999:27 s 5

²⁰ NOU 1999:27 s 5

²¹ Kyrre Eggen, ”Ytringsfrihet”, utg 2002 s 55

²² NOU 1999:27 s 5

individets frie meningsdannelse. Prinsippet bygger på ”det myndige mennesket og tanken om det myndige mennesker kan sies å innebære at det kreves en viss kompetanse for å fungere som et autonomt individ i det åpne samfunn²³. Måten man oppnår denne kompetansen på er å møte andre mennesker, lytte til deres argumenter og prøve deres alternative perspektiver. Utifra dette utvikles en gradvis refleksiv identitet. Denne identiteten kan sies å være ”et kjernepunkt for det moderne myndige mennesket”²⁴.

Dette er de prinsippene som begrunner ytringsfriheten. Det er viktige prinsipper som ligger til grunn for at ytringsfriheten står så sentralt som den gjør idag. I det følgende vil jeg se litt nærmere på grunnlovens § 100 og forholdet til lojalitetsplikten. Spørsmålet om arbeidstakers rett eller plikt til å si ifra- ”whistleblowing”- er i realiteten bare en del av den viktige problematikken rundt arbeidstakers ytringsfrihet²⁵. Sentralt blir derfor å se på grensene mellom lojalitetsplikten og ytringsfriheten/retten til å varsle, både i vid og snever forstand.

3 Ytringsfriheten

Ytringsfriheten gjelder ikke bare generelt når vi opptrer i egenskap av å være privatpersoner men også når man er part i et arbeidsforhold. Bestemmelsen beskytter også de ansattes ytringsfrihet og har til formål å beskytte mot inngrep i ansattes ytringsfrihet fra offentlige myndigheter, men også fra private²⁶. I det følgende vil jeg se litt nærmere på selve innholdet av grl § 100.

²³ NOU 1999:27 s 5

²⁴ NOU 1999:27 s 5

²⁵ Henning Jakhell, Artikkel : ”Ytringsfrihet i arbeidsforhold”, side 3

²⁶ Ot.prp.nr 84(2005-2006) punkt 4.1.1.

3.1 Grl § 100(1)

Første ledd gir uttrykk for hovedregelen og prinsippet om ytringsfrihet. Med ”ytring” siktes det til formidling av informasjon, ideer eller meninger. Ytringsfrihetsvernet omfatter retten til å fremsette ytringer av ethvert innhold, til enhver tid og uavhengig av form og medium²⁷. Men retten til å ytre seg gjennom andres informasjonskanaler gjelder ikke. Andre forhold som omfattes av ytringsfriheten er informasjonsfriheten, det vil si friheten til å gjøre seg kjent med opplysninger samt ideer og budskap som andre frivillige gir fra seg. I forhold til ytringsfriheten gjelder at enhver person har rett til å ytre seg, men merk at ytringsfriheten også gjelder retten til å forholde seg taus.

3.2 Grl § 100 (2)

Grunnlovens andre ledd regulerer ytringsfrihet som *ikke* er politiske ytringer. Slike ytringer reguleres i tredje ledd. Annet ledd verner mot inngrep av statens høyhetsrett og videre beskytter bestemmelsen kun de tilfeller som har karakter av ”rettslig ansvar”, det vil si ansvar som henter sin hjemmel i statens høyhetsrett. Reaksjoner som bygger på den private autonomi som for eksempel oppsigelser faller utenfor annet ledd²⁸. To vilkår må foreligge for at inngrep i ytringsfriheten etter annet ledd skal kunne være tillatt. For det første er det et krav at inngrepet lar seg forsvare i forhold til de tre hensyn bak ytringsfriheten, det vil si demokratihensyn, individets frie meningsdannelse, og sannhetssøken²⁹. Hensynene må avveies mot nødvendigheten av inngrepet. I tillegg må hensynene veies mot den skade eller forstyrrelse som inngrepet kan medføre. Det andre kravet er at inngrepet må være forskrevet i lov, det vil si en formell lovregel eller en ulovfestet regel av lovs rang³⁰.

3.3 Grl § 100(3)

Denne bestemmelsen hjemler retten til å ytre seg om politiske spørsmål. Bestemmelsen verner ”Ytringer om Statsstyrelsen og hvilkensomhelst anden Gjenstand”. Tredje ledd omfatter

²⁷ Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata

²⁸ Ot.prp.84(2004-2005) punkt 4.1.4

²⁹ Ot.prp.84(2004-2005) punkt 4.1.4

³⁰ Ot.prp.84(2004-2005) punkt 4.1.4

ytringer i vid forstand det vil si ytringer om alle tema av politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art som har allmenn interesse³¹. Mange av de ytringene som kommer fra ansatte i virksomheter vil kunne betegnes som politiske ytringer. Eksempelsvis vil slike ytringer kunne være at en ansatt ytrer seg om et forhold ved virksomheten som i realiteten kan sies å være et politisk spørsmål. Dette kan for eksempel være kritikk om at virksomheten har for dårlig utstyr eller for få ansatte- dette vil igjen være et spørsmål om virksomheten får de nødvendige bevilgninger, altså et politisk spørsmål. Bestemmelsen verner også mot inngrep i ytringsfriheten på grunnlag av statens høyhetsrett. Spørsmålet er om bestemmelsen også verner inngrep i ytringsfriheten på grunnlag privat autonomi. Det fremgår av Stortingsmelding nr 26 (2003-2004) s 39 at bestemmelsen er ment for å gi vern både når staten fastsetter begrensninger i ytringsfriheten og når private gjør det. For at man skal kunne foreta et inngrep i den politiske delen av ytringsfriheten må det for det første foreligge et relevant rettslig grunnlag³². I dette ligger det et krav om presisjon og klarhet og at det rettslige grunnlaget må være skreven lov. Kravet om skreven lov utelukker imidlertid ikke at et krav om rettslig grunnlag kan følge av den ulovfestede lojalitetsplikten. Spørsmålet er videre hvordan man skal vurdere om et inngrep kan få fortrinn i forhold til denne bestemmelsens tredje ledd. I følge Ytringsfrihetskommisjonen³³ ”skal det i vurderingen blant annet legges vekt på om begrensningen er allment kjent og i hvilken utstrekning begrensningen har vært anvendt av domstolene”. I tillegg må det vurderes om begrensningen har et avgrenset og et klart innhold. Hvis en eksempelvis har å gjøre med en arbeidsavtale er det antatt at denne kun kan presisere det som måtte følge av den ulovfestede lojalitetsplikten eller utvide ytringsfriheten. Av slike avtaler skal man normalt kreve at de skriftlige og at de er gjort tilgjengelige for de aktuelle arbeidstakerne. I tillegg til dette er det et vilkår at det må foreligge særlig tungtveiende hensyn for å gripe inn i ytringsfriheten. Det er altså mye som skal til for å gripe inn i ytringsfriheten. Et særlig tungtveiende hensyn som gjør at ytringsfriheten kan måtte vike, vil kunne være hensynet til lojalitet ovenfor arbeidsgiver.

³¹ Ot.prp.84(2004-2005) punkt 4.1.5

³² Ot.prp.84(2004-2005) punkt 4.1.5

³³ NOU 1999: 27 s 243

3.4 Grl § 100 (4)

Denne delen av bestemmelsen innehar et forbud mot forhåndssensur og andre forebyggende forholdsregler rettet mot ytringer³⁴. Bestemmelsen innebærer at man som hovedregel står fritt til å ytre seg om det en vil. Dette vil man kunne gjøre uten forhåndssensur men en kan risikere å bli ilagt etterfølgende ansvar hvis dette ligger innenfor rammene for slikt ansvar etter bestemmelsens annet og tredje ledd.

3.5 Grl § 100 (5) og (6)

Bestemmelsens femte ledd gir grunnlovsvern for offentlighetsprinsippet. Dette innebærer at både dokument og møteoffentlighet rammes av bestemmelsen³⁵.

I grunnlovens sjette ledd påhviler det en plikt for offentlige myndigheter til å tilrettelegge for en opplyst og åpen samtale³⁶.

4 Forholdet til EMK.

Ytringsfrihet er ikke bare viktig i nasjonal rett men også i internasjonal rett. At *”enhver har rett til ytringsfrihet”* er konvensjonsbestemt i Den Europeiske Menneskerettskonvensjon artikkel 10. Denne bestemmelsen er også viktig for norsk rett da Norge er forpliktet etter konvensjonen. Etter menneskerettsloven § 2 og § 3 gjelder EMK som norsk lov og dersom det er motstrid mellom norsk lov og EMK skal sistnevnte gå foran norsk lov. At enhver har rett til ytringsfrihet innebærer imidlertid ikke at ytringsfriheten er ubegrenset. Dette slås uttrykkelig fast i konvensjonens art 10 nr 2. Dersom en skal foreta inngrep i ytringsfriheten oppstilles det etter bestemmelsen visse krav. For det første må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn for å verne andres omdømme eller rettigheter, eller for å forebygge at fortrolige

³⁴ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.1.7

³⁵ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.1.8

³⁶ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.1.8

opplysninger blir røpet. Bestemmelsen oppstiller også andre hensyn som skal ivaretas dersom inngrep i ytringsfriheten skal være nødvendig. Disse innskrenkningene skal etter bestemmelsen være foreskrevet ved lov. Med dette menes også at innskrenkninger som ulovfestede regler (lojalitetsplikten) også må regnes som lov³⁷. Spørsmålet er imidlertid hvor omfattende begrensninger som kan gjøres i ytringsfriheten. Det må imidlertid bero på en konkret skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er videre antatt at det ved denne vurderingen må legges til grunn et *proposjonalitetsprinsipp*³⁸.

Bestemmelsen verner mot inngrep fra staten. Det betyr at dersom staten som arbeidsgiver forsøker å begrense de ansatte sin ytringsfrihet verner bestemmelsen mot slike direkte inngrep i ytringsfriheten. Det samme antas å gjelde også i privat sektor når arbeidsgiverens beslutninger blir overprøvd av domstolene³⁹. Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) tilsier at statene er **forpliktet**, gjennom domstolprøving og lovgiving, ”til å sikre at private arbeidsgivere ikke griper urettmessig inn i sine ansattes ytringsfrihet⁴⁰”.

5 Lojalitetsplikten.

Som nevnt ovenfor kan lojalitetsplikten utgjøre en begrensning i ytringsfriheten dersom en ytring fra arbeidstaker kan medføre skade på arbeidsgiver. Det betyr i praksis at man som arbeidstaker har en plikt til å være lojal. Det er gjennom rettspraksis antatt at det eksisterer en slik lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Høyesterett formulerte i Rt 1990 s 607 følgende: ” Det må legges til grunn at det foreligger en *allminnelig og ulovfestet lojalitet og – troskapsplikt i ansettelsesforhold* ⁴¹. I dette tilfellet mente Høyesterett at to ansatte som var nøkkelpersoner i et firma pliktet å holde styret eller overordnede orientert om de forhold som hadde betydning for virksomheten de arbeidet for. De hadde ikke adgang til å opptre i strid med arbeidsgiverens

³⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006)punkt 3.2.

³⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006)punkt 3.2.

³⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006)punkt 3.2.

⁴⁰ Ot.prp.nr.84 punkt 3.2.

⁴¹ Jakhell, ”Oversikt over arbeidsretten”, side 303

interesser med henblikk på å fremme egne næringsinteresser. Det at de var misfornøyd med bedriftens ledelse kunne heller ikke vektlegges uttalte Høyesterett. Kjennetegn for lojalitetsplikten er at arbeidsinteressen går foran egeninteressen.

5.1 Hvem retter lojalitetsplikten seg mot?

Et sentralt spørsmål er *hvem* lojalitetsplikten retter seg mot. Det fremgår av forarbeidene at en har ”en plikt å opptre lojalt i forhold til den virksomhet man arbeider i⁴²”. Det betyr at det er mot *virksomheten* lojalitetskravet er rettet mot. Virksomhetsbegrepet kan imidlertid by på avgrensingsproblemer. Med uttrykket ”virksomhet” menes en betegnelse for de driftsmessige aktiviteter som ledes av arbeidsgiver innen en organisatorisk ramme, og som kan være geografisk avgrenset i større eller mindre grad⁴³. Arbeidsgivere kan være av svært ulik størrelse og de største arbeidsgiverene kan drive flere virksomheter. I de tilfeller hvor arbeidsgiveren driver flere virksomheter og hvor lovbestemmelsen anvender uttrykket ”virksomhet”, må en foreta en konkret tolkning av den enkelte lovbestemmelse hvor en ser på formålet med den enkelte bestemmelse. Dette må gjøres for å finne ut om uttrykket omfattes av alle de virksomheter som arbeidsgiveren driver eller om uttrykket kun gjelder den del av arbeidsgivers totale virksomhet som innen en konkret organisatorisk ramme utgjør en driftsmessig enhet. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 er det gitt en redegjørelse av gjeldene rett av de spørsmål som gjelder når en virksomhet er spredt både hva gjelder med ulike kontorer og geografisk og hvordan man i slike tilfeller skal se på virksomheten. Med andre ord, er virksomheten å anse som én enhet eller å anse som flere virksomheter? I Arbeidslivslovsutvalgets innstilling⁴⁴ gis det uttrykk for at det som utgangspunkt må kunne sies at loven bygger på en forutsetning om ”at et selvstendig rettssubjekt eller juridisk person er en virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand”. Det uttales videre at avgrensningen av virksomhetsbegrepet som **hovedregel** vil falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver. I tillegg sies det at virksomheten angir den organisering av aktiviteter som

⁴² Ot.prp.nr.84(2005-2006) punkt 4.2.4.3

⁴³ Jakhelln s 46

⁴⁴ NOU 2004:5 punkt 10.4.1 s 148 flg

arbeidsgivers plikter etter loven knytter seg til. Ifølge innstillingen anses virksomhetsbegrepet å omfatte alle virksomheter som arbeidsgiver driver⁴⁵. Dette anses her for å være hovedregelen og dersom resultatet skal bli annerledes må det foreligge et særskilt grunnlag. Det blir videre lagt til grunn at hovedregelen om at virksomhetsbegrepets avgrensning følger av arbeidsgiverbegrepet, er blitt modifisert i rettspraksis⁴⁶. En slik modifisering er gjort i Rt 1992 s 776 i ”Sparebanken Nord-Norge saken”. Problemstillingen i denne dommen var om de enkelte filialer i et selskap måtte anses som en virksomhet i forhold til arbeidsmiljøloven § 60 nr 2 og § 61 nr 4. Bestemmelsene regulerte oppsigelse pga driftsinnskrenkninger. Grunnen til at denne dommen også har konkret betydning hva gjelder lojalitet i forhold til **varslingsreglene** er fordi også aml § 2-4 bruker uttrykket ”virksomhet” og samme problematikk gjør seg derfor gjeldene i forhold til virksomhetsbegrepet.

I denne dommen kom Høyesterett enstemmig til at hver avdeling måtte kunne vurderes hver for seg⁴⁷. Dette på bakgrunn av det omfattende geografiske området som banken dekket og at banken nylig hadde gjennomført fusjoner av en rekke lokale banker.⁴⁸ Denne avgjørelsen kan ifølge utvalget ”tas til inntekt for det syn at det kan virke som noe tilfeldig for arbeidstakerne om deres oppsigelsesvern skulle vurderes utifra bankens samlede og totale virksomhet eller om det skulle vurderes i forhold til den avdeling som hadde vært et eget rettssubjekt og som deres arbeidsforhold hadde vært knyttet til”⁴⁹. Høyesterett kom i denne saken til at det altså **ikke** var urimelig å vurdere hver avdeling hver for seg⁵⁰. Dommen kan med dette sies å utgjøre en modifisering om at virksomhetsbegrepet følger arbeidsgiverbegrepet.

En annen dom som belyser problematikken rundt virksomhetsbegrepet er Rt 2003 s 1614, ”Telenor- dommen”. Saken gjaldt spørsmål om erstatning for påstått urettmessig avskjed, jf aml § 66. Denne avskjedigelsen hadde sin bakgrunn i en e-post der arbeidstaker hadde kommet med kritikk og rettet alvorlige beskyldninger mot en av arbeidsgiverens kunder. Arbeidstakers

⁴⁵ NOU: 2004: 5 s 149

⁴⁶ NOU: 2004: 5 s 152

⁴⁷ Rt 1992 s 776

⁴⁸ NOU 1996:6, se punkt 3.8.2, s 45

⁴⁹ NOU 1996:6 s 45

⁵⁰ Rt 1992 s 776 s. 782

(A) sin arbeidsgiver, X AS, var et heleiet datterselskap av et selskap hvor Telenor ASA har en eierandel på litt over 50%. Arbeidstakeren kom altså **ikke** med anklager og beskyldninger som direkte gjaldt hans egen arbeidsgiver, men arbeidsgiverens forretningsforbindelse. Høyesterett uttaler at ”når grove brudd på lojalitetsplikt kan være avskjedsgrunn, er det i realiteten tale om brudd som rammer arbeidsgiver”. Høyesterett tar altså til orde for at lojaliteten normalt retter seg mot **arbeidsgiver**. Dommen går et skritt videre hva gjelder rekkevidden av lojalitetsplikten og illustrerer at lojaliteten ikke nødvendigvis må ramme arbeidsgiver direkte. Høyesterett uttalte at selv om ikke kritikken gjaldt direkte mot arbeidsgiveren men mot ledelsen i Telenor Mobil AS og ledere i Telenorkonsernet (forretningsforbindelsen) kan det ikke være tvilsomt at dette var en adferd fra arbeidstaker som arbeidsgiveren ønsket å sette en stopper for. Høyesteretts begrunnelse for dette var todelt: For det første at Telenor var en forretningsforbindelse som arbeidsgiveren også i fremtiden ønsket å samarbeide med. For det andre la Høyesterett vekt på *”det fellesskap som til tross for ulike selskapsenheter lett vil være innenfor samme konsern”*. Dette kan muligens forstås som et uttrykk for at Høyesterett ikke trekker skarpe linjer mellom arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet i dette tilfellet. Det kan synes som om Høyesterett delvis identifiserer det selskap A arbeider for med virksomheten, Telenor. Og derfor at lojalitetsplikten ikke bare favner arbeidsgiveren direkte men også hele virksomheten som arbeidsgiveren synes å være en del av. En kan forstå dommen dithen at Høyesterett mener at arbeidsgiver og virksomhetsbegrepet er sammenfallende. Ilojaliteten må altså ikke være rettet mot selve arbeidsgiver men det er tilstrekkelig at den indirekte rammer arbeidsgiver.

I Rt 1998 s.1357 belyses virksomhets/arbeidsgiver-begrepet og dets grenser nok en gang⁵¹. I dette tilfellet jobbet en arbeidstaker som sykepleier i Oslo kommune. Men vedkommende hadde også hatt en annen stilling i Oslo kommune og utført ekstravakter her. Sykepleiestillingen tilhørte en bydel mens den andre stillingen hørte under en annen bydel og en annen etat. Problemstillingen i saken var om arbeidstakeren kunne kreve overtidsbetaling av Oslo kommune under ett da han hadde arbeidet ut over den alminnelige arbeidstid etter nåværende aml § 10-6 (11). Flertallet gav arbeidstakeren medhold i at Oslo kommune som sådan var å

⁵¹ Jakhell s 48

anse som arbeidsgiver. Det faktum at arbeidsgiverfunksjoner var delegert fra bystyret til etater og bydeler gjorde ikke disse til selvstendige arbeidsgivere. Arbeidstidsbestemmelsene benyttet heller ikke virksomhetsbegrepet. Høyesterett uttalte videre følgende: ”Å la etatene og bydelene være enheten ville innebære en innskrenkende fortolkning av vernebestemmelse for arbeidstakerne. Formålet er å beskytte arbeidstakeren....uansett om arbeidstakeren ikke selv ønsker å nyte godt av det vern som reglene innebærer”⁵². Det ble videre lagt til grunn at det forelå en etablert rettsoppfatning om at kommunen eller fylkeskommunene er å anse som en arbeidsgiver i forhold til arbeidsmiljølovens regler. Vi ser her at hvem som er arbeidsgiver og hvordan virksomheten skal avgrenses må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. I denne vurderingen skal blant annet reglenes formål hensyntas.

Ser en de ulike dommene i lys av forarbeidene fremstår spørsmålet om hvem lojaliteten retter seg mot som ikke helt entydig. Det vil si at forarbeidene trekker i retning av lojaliteten gjelder direkte ovenfor virksomheten mens ”Sparebanken Nord- Norge–dommen” modifierer utgangspunktet om at arbeidsgiverbegrepet som regel er sammenfallende med virksomhetsbegrepet. I ”Telenor- dommen” trekkes lojalitetsplikten et skritt videre og denne dommen gir uttrykk for at lojalitetsplikten kan favne videre enn kun til å gjelde lojalitetsbrudd som direkte rammer arbeidsgiver. I Telenor-dommen gjøres det med dette ikke noe skarpt skille mellom virksomhets-begrepet eller arbeidsgiver-begrepet. Snarere synes arbeidsgiver og virksomhetsbegrepet å være sammenfallende. I sistnevnte dom ser vi også eksempel på at arbeidsgiver-begrepet er avgjørende da arbeidstidsbestemmelsen ikke benyttet virksomhets-begrepet.

Spørsmålet om grensene for hvem lojalitetsplikten retter seg mot kan etter dette ikke besvares entydig. Hvorvidt lojaliteten retter seg mot virksomheten og/eller arbeidsgiver må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Slik jeg ser det vil spørsmålet om hvem man må utvise lojalitet ovenfor blant annet bero på en vurdering i det enkelte tilfellet hvor det vil være av betydning hvem man arbeider for. Det vil si at det vil være en forskjell dersom man jobber i det

⁵² Jakhelln s 48

offentlige versus det å jobbe i privat sektor.⁵³ Når det gjelder arbeidstakere i det offentlige plikter denne å være lojal ovenfor den etat man arbeider i samt at en antas å ha en generell lojalitetsplikt overfor allmennheten som forvaltningen skal betjene. I privat sektor vil det være virksomheten som sådan og til syvende og sist virksomhetens eiere lojalitetskravet retter seg mot. At lojalitetskravet er rettet mot virksomheten betyr ikke at man ikke trenger å være lojal mot de man arbeider sammen med. Lojalitetskravet innebærer at man også har en viss plikt til å være lojal også ovenfor de andre ansatte men man plikter ikke å være lojal mot enkeltpersoner i virksomheten.

5.2 Når kan en ytrings anses for å være illojal?

Den neste problemstillingen blir hvordan man skal trekke grensene for ytringsfriheten. Dette er med andre ord et spørsmål om grensen for når en ytring kan anses for å være illojal.

I redegjørelsen av spørsmålet hvor grensene for ytringsfriheten går, må det foretas en konkret skjønnsmessig vurdering. Og det er som nevnt mye som skal til for at ytringsfriheten skal være overskredet. Skal grensene være overskredet må det foreligge særlig tungtveiende hensyn for dette. Når det så skal foretas en vurdering av om hvorvidt grensene for ytringsfriheten er overskredet er naturlig nok grl 100 en helt sentral og viktig tolkningsfaktor. I vurderingen må en veie hensynene til lojalitet mot de hensyn som ligger til grunn for ytringsfriheten. Dette betyr at hensynet til ytringsfriheten vil være bestemmende for lojalitetsplikts rekkevidde. Av den grunn blir grensene for arbeidstakers lojalitetsplikt og ytringsfrihet de samme.

Hvilke momenter er så sentrale ved vurderingen av om en ytring vernes av ytringsfriheten eller hvorvidt den kan sies å være illojal? De momentene som blir behandlet i det følgende gjelder både varsling/ytringer av faglig såvel som politisk karakter. Dette gjøres fordi det er antatt at det ikke kan sies å foreligge et prinsipielt skille mellom de to ytringsformene⁵⁴. I det følgende

⁵³ Ot.prp.nr.84 (2004-2005) punkt 4.2.3

⁵⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) punkt 4.2.4.

vil også flere av momentene for hva som er en illojal/lojal ytring være relevante i forhold til vurderingen av hva som ligger i forsvarlighetskravet i aml § 2-4 (2)⁵⁵.

I vurderingen av om ytringsfriheten må vike for lojalitetsplikten er det et minstekrav at ytringene faktisk skaper en **risiko** eller faktisk gjør **skade** på arbeidsgiverens interesser⁵⁶. I dette ligger det at en ved vurderingen ser på ytringens skadeevne. De ytringer som måtte føre til en minimal risiko for skade kan ikke regnes som illojale. Det er slik at jo større skadeevne ytringen har, jo strengere lojalitetskrav oppstilles.

Et sentralt spørsmål er hva slags skade arbeidsgiver kan påberope seg i forhold til om en ytring er lojal eller ikke.

Det er på det rene at arbeidsgiver kun kan påberope seg skade på *legitime interesser*⁵⁷. Dette betyr at lojalitetsplikten ikke kan påberopes der hvor arbeidsgiver søker å beskytte eller skjule skadelige, ulovlige eller uetiske handlinger. I forhold til dette er utgangspunktet at ytringene må ha sammenheng med virksomhetens aktiviteter eller formål for å kunne sies å skade arbeidsgiverens interesser. Hva slags virksomhet arbeidstakeren er ansatt i har derfor betydning. I tillegg vil det ha betydning hva slags ytringer arbeidstakeren kommer med, det vil si om ytringene gjelder forhold på arbeidstakerens eget arbeidsfelt eller om ytringene ikke angår arbeidstakerens arbeidsplass eller arbeidsfelt. Ofte vil skadepotensialet kunne være i større i de tilfeller hvor arbeidstakeren uttaler seg om forhold som gjelder hans eller hennes eget arbeidsfelt. I så måte hvor skadepotensiale vil være større, er det også underlagt større begrensninger i forhold til ytringsfriheten.

Spørsmålet blir således hvilke konkrete uttalelser som vil være i strid med lojalitetsplikten. Dersom en arbeidstaker skulle komme med et utsagn som er i strid med virksomhetens hovedformål eller kjerneverdier vil det kunne være illojalt. Et eksempel som er gjort i

⁵⁵ Se nærmere om dette i oppgavens avsnitt 6.3 flg.

⁵⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) punkt 4.2.4.1, se også NOU 1999:27 s 129

⁵⁷ Ot.prp.84(2004-2005) punkt 4.2.4.1

forarbeidene er at en ansatt i en anti- rasistisk organisasjon ikke bør uttale seg på en måte som er rasistisk⁵⁸. I andre tilfeller kan det være at en ansatt uttaler seg om forhold som ikke er forenelige med virksomhetens verdi men at det likevel vil være tvil om disse ytringene begrenses av ytringsfriheten. Det er likevel antatt at det samme må gjelder dersom meningene ”fortoner seg som ekstreme, uforståelige, rystende eller frastøtende”, jf Rt 1979 s 770⁵⁹.

Et annet eksempel som belyser illojale ytringer er ”Telenor-dommen”, Rt 2003 s.1614⁶⁰. Denne saken gjaldt som nevnt ovenfor spørsmål om erstatning for påstått urettmessig avskjed, jf aml § 66. Grunnen til avskjedigelsen var at arbeidstaker i en e-post hadde kommet med kritikk og rettet alvorlige beskyldninger mot en av arbeidsgivers kunder. Spørsmålet som ble drøftet var adgangen til å fremme kritiske ytringer, og i dette tilfellet ble beskyldningene ansett for å ligge utenfor hva som kunne godtas. Høyesterett uttalte at man innen rommelige grenser måtte akseptere kritiske ytringer både innad og utad i en bedrift. Høyesterett sier videre: ”Men ytringsfriheten kan ikke i denne saken etablere noe vern mot reaksjoner fra en arbeidsgiver når ytringene er rettet mot ledende medarbeidere om alvorlige straffbare forhold som helt savner grunnlag i reelle forhold. Jeg finner det derfor ikke nødvendig å foreta noen nærmere grensegang på dette punkt”⁶¹. Dommen belyser altså de grensene som bør gjelde for ytringsfrihet og herunder uttalelser som ikke kan anses som akseptable i medhold av ytringsfriheten⁶². Hva som er lojalt vil altså etter dette måtte bero på en konkret vurdering og lojalitetsvurderingen vil avhenge av den konkrete situasjonen man befinner seg i.

Sett at man er arbeidstaker i offentlig sektor og er ansatt i et departement. Her er man en del av sekretariatet for politisk ledelse. Hva kan man si og hva kan en ikke uttale seg om?

⁵⁸Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.2.4.1

⁵⁹ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.2.4.1

⁶⁰ Rt 2003 s 1614, Utskrift fra lovdata

⁶¹ Rt 2003s 1614, premiss 46

⁶² Se nærmere under avsnitt 6.3 hva gjeldene rett er idag.

Det vil for eksempel kunne være problematisk dersom den ansatte uttaler seg om en sak som vedkommende har under behandling⁶³. Dette fordi de bør være aktsomme slik at en ytring fra deres side ikke vil svekke allmennhetens og arbeidsgivers tillit til at arbeidstakeren vil utføre sitt arbeid på en lojal og upartisk måte⁶⁴.

Det vil også kunne være problematisk dersom vedkommende ytrer seg om forhold som strider helt med de oppfatninger den politiske ledelsen vedkommende arbeider for innehar. I vurderingen av om ytringen er å anse som illojal må en se på hvor nær den ansatte arbeider den politiske ledelse samt om det det ytres om er om et spørsmål som ligger innenfor arbeidstakerens arbeidsfelt⁶⁵.

En nyere uttalelse som belyser nettopp dette er Sivilombudsmannen i sak nr 2005-436⁶⁶. I denne saken hadde en lærer skrevet flere kritiske innlegg i lokalavisen om andre etater i kommunen. Sivilombudsmannen sa i denne saken at offentlig ansatte har et vidt spillerom for å ytre seg offentlig. Dette gjelder i henhold til Sivilombudsmannens oppfatning både i form og innhold. Skal det foretas begrensninger i ytringsfriheten må det ifølge dommen foreligge tungtveiende grunner. I følge Sivilombudsmannen må begrensningene være saklige til det som er nødvendig for at arbeidstakeren skal oppfylle sin arbeidsforpliktelse og ytringen må ha medført en åpenbar risiko for skade på arbeidsgivers interesser. Sivilombudsmannen konkluderte med at verken arbeidsgivers styringsrett eller lojalitetsplikten hjemlet noen reaksjon fra arbeidsgiver i den saken.

⁶³ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.2.4.1

⁶⁴ Dette er slått fast i Europarådets rekommandasjon om retningslinjer for offentlig ansatte artikkel 16 (Recommendation (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member States on Codes of Conduct for Public Officials).

⁶⁵ Ot.prp nr 84(2005-2006) punkt 4.2.4.1.

⁶⁶ Ot.prp nr 84(2005-2006) punkt 4.2.4.1.

5.2.1 Lojalitet i forhold til arbeidstakers/ varslersens posisjon eller stilling.

I vurderingen av om en ytrings skal anses for å være lojal eller ikke vil det være av betydning hva slags posisjon/stilling arbeidstakeren innehar⁶⁷. Det er antatt at det kan stilles strengere lojalitetskrav til en arbeidstaker dess høyere opp i systemet (hierarkiet) arbeidstakeren jobber. En årsak til dette er at en arbeidstaker i ledende stilling som oftest vil ha større tilgang til opplysninger og større påvirkning i en virksomhet. Av denne grunn har vedkommende også lettere for å bli hørt. En må også foreta et skille mellom ulike typer arbeid. En skiller mellom politisk pregede rådgivings- og utrednings og ledelsesoppgaver og faglig pregede arbeidsoppgaver⁶⁸. For eksempel antas det at ansatte ved universiteter, høyskoler har en særlig vid ytringsfrihet i forhold til faglig og politisk debatt. En slik vid ytringsfrihet er begrunnet i ”lov om universiteter og høyskoler” § 1-3 bokstav d og f⁶⁹ som sier at universiteter og høyskoler skal arbeide for å fremme lovens formål ved å ”bidra til å spre og formidle resultater fra forskning og faglig og kunstnerisk utviklingsarbeid”. I bokstav f heter det videre at universiteter og høyskoler skal legge til rette for at ansatte og studenter kan delta i samfunnsdebatten.

Det kan også i forhold til arbeidstakers stilling nevnes bedriftsleger⁷⁰. De har stor autonomi på grunn av deres særskilte stilling for virksomheten de arbeider for. Disse arbeidstakerne kan sjelden betraktes som illojale selv om de informerer til det offentlige om bedriftens sin eventuelle skadevirkning på nærmiljø og på de ansatte.

5.2.2 Fremgangsmåte og form det varsles på.

I vurderingen av hvorvidt en varsling skal anses for å være lojal vil det være av betydning hvorvidt arbeidstakeren var i aktsom god tro på tidspunktet for varslingen, se nærmere om dette i avsnitt 7.2.1. Det vil også være av betydning hvordan varslingsinnholdet kommer til

⁶⁷ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.2.4.3.

⁶⁸ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.2.4.3.

⁶⁹ Se ”lov om universiteter og høyskoler”, lov 2005-04-01 nr 15

⁷⁰ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.2.4.3.

uttrykk. Med det sikter man til arbeidstakerens uttrykksform eller språkbruk i forbindelse med varslingen. I Borgarting lagmannsretts dom av 10 februar 1997(Sjømannsforbundet) ble det lagt til grunn at når det gjelder varslingens form så må det kunne stilles krav til nøkternhet og til balanse ved en varsling. Likevel er det antatt at en ikke skal legge dette for stor vekt⁷¹, men det er likevel et moment i vurderingen av om en ytring kan anses for å være illjoal. I en vurdering hvorvidt uttrykksformen skal være av betydning så må en se konkret på den situasjonen arbeidstakeren befant seg i ved varslingen. I Rt 2003 s 1614, ”Telenor-dommen” uttaler Høyesterett at det ”ved vurderingen av reaksjon bør det tas hensyn til om arbeidstakerens forhold kan skyldes ubetenksomhet, eller om det er tale om en overveiet adferd”⁷². Her hadde arbeidstaker drøftet varslingsgrunnlaget (e-post) med en annen medarbeider i forkant. Han hadde blitt frarådet av medarbeideren å sende e-posten. En skal med andre ord se på den faktiske situasjon arbeidstakeren befinner seg i på varslingstidspunktet.

5.2.3 Motiv for varslingen/ytringen.

Det fremgår av forarbeidene at det i vurderingen av om en arbeidstaker har opptrådt illojalt vil et relevant moment være hva slags *motiv* arbeidstaker har for varslingen⁷³. Dette er ansett for å være et relevant moment i lojalitetsvurderingen men også her skal man være forsiktig med å vektlegge det i for stor grad⁷⁴. Dersom en arbeidstaker har egne hensikter bak en varsling så vil dette være mindre beskyttelsesverdig enn i de tilfeller der arbeidstaker ikke har slike motiv. En ytring om kritikkverdige forhold vil med andre ord kunne fremstå som mer troverdig og beskyttelsesverdig i de tilfeller arbeidstaker ikke har egne motiv bak varslingen. En må altså ved vurderingen av ytringen se hen til hvilket formål arbeidstaker hadde med ytringen. Dersom det viser seg at arbeidstaker med varslingen hadde til formål å forbedre arbeidsmiljøet eller fremme virksomhetens interesser så taler dette til arbeidstakerens fordel. Det vil si at det skal mye til før brudd på lojalitetsplikten dersom varsleren hadde slike motiv. På motsatt side,

⁷¹ Ot.prp.84(2005-2006) punkt 4.2.4.8

⁷² Rt 2003 s 1614, premiss 46

⁷³ Ot.prp.nr 84 (2005-2006) punkt 4.2.4.10

⁷⁴ Ot.prp.nr 84 (2005-2006) punkt 4.2.4.10

dersom motivet bak varslingen skyldes at arbeidstakeren ønsker å stille arbeidsgiveren sin i et dårlig lys eller benytte varslingen som pressmiddel er det antatt at det lettere vil antas å foreligge brudd på lojalitetsplikten.

5.2.4 Brudd på lovfestet taushetsplikt.

Utgangspunktet om at arbeidstaker skal ha fri rett til å ytre seg modifiseres av regler som innebærer at arbeidstaker har lovfestet taushetsplikt. Det betyr at dersom en arbeidstaker varsler i strid med lovfestet taushetsplikt så skal dette som hovedregel anses for å være illojalt⁷⁵. Skulle arbeidstaker likevel finne det nødvendig å varsle må dette gjøres utifra nødrettsbetraktninger⁷⁶. Dersom det skulle vise seg at varslingen med bakgrunn i nødrettsbetraktninger er rettmessig, så vil arbeidstaker også ha vern i henhold til aml § 2-5.

5.2.5 Betydningen av at ytringen er av allmenn interesse.

Den neste problemstillingen som vil bli drøftet er hva slags betydning det har at ytringen er av allmenn interesse. Med andre ord, er ytringsfriheten utvidet i slike tilfeller hvor allmennheten bør få kjennskap til opplysningene det ytres som? Og hva vil det si for lojaliteten ovenfor arbeidsgiver at ytringen er av allmenn interesse?

Som nevnt tidligere er ytringsfrihet en grunnleggende forutsetning for et reelt demokrati⁷⁷. Skal et demokrati fungere så må enhver kunne ytre sine meninger. Meningsbrytning er viktig for at riktige beslutninger tas. Ved å utveksle meninger avveies ulike alternativer og ulike konsekvenser og nettopp dette er viktig for at de ulike beslutningene som tas i dagens samfunn blir mest mulig riktige. Dette utgangspunktet skal også legges til grunn når det gjelder arbeidstakers ytringsfrihet. Dette fordi det er arbeidstakerne som gjennom sitt arbeid og sin innsikt og erfaring vil se mulige konsekvenser og muligheter i virksomheten de arbeider for. Et sentralt spørsmål er derfor hva slags betydning det har i de tilfeller hvor arbeidstaker oppdager

⁷⁵ Ot.prp.nr 84 (2005-2006) punkt 4.2.4.4

⁷⁶ Jakhelln s 314

⁷⁷ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, s 307

noe i virksomheten som er av allmenn interesse. Skal arbeidstaker si ifra eller bør vedkommende forholde seg lojal i forhold til arbeidsgiveren sin?

Det fremgår av forarbeidene at jo større interesse ytringen har for allmennheten eller jo mer kritikkverdig forholdet er, jo mer berettiget vil arbeidstakeren være til å uttale seg⁷⁸. Typiske eksempler vil kunne være opplysninger om alvorlige forhold som innebærer en trussel for liv eller helse vil være forhold som det er berettiget å si ifra om. Korrupsjon er også et forhold som betegnes som alvorlig og som arbeidstaker vil være berettiget å si ifra om.

Et annet spørsmål er hvor grensen går mellom det som er av allmenn interesse versus det som er rent interne forhold? Eksempel på et rent internt forhold kan være personkonflikter, men også denne grensedragningen kan være vanskelig. Ta Yssen – Valla saken som eksempel. Var deres konflikt et forhold av allmenn interesse eller var dette en personalsak som kun var et internt anliggende i LO? Dette var uansett et spørsmål som var gjenstand for debatt i lang tid i det offentlige rom.

Likevel er det slik at de forhold som anses som rent interne, så vil ikke ytringsfriheten stå like sterkt⁷⁹. Dette nettopp fordi en intern personkonflikt som hovedregel ikke kan begrunnes utfra en allmenn interesse. Konklusjonen blir derfor at ytringsfriheten/varslingsretten står sterkere i de tilfeller hvor det er snakk om kritikkverdige forhold som er av allmenn interesse. Det skal med andre ord mye til for at det vil foreligge illojalitet fra arbeidstakers side i slike tilfeller.

5.3 Noen kritiske bemerkninger til kravet om "legitim interesse".

Som nevnt ovenfor er det et sentralt moment i vurderingen av om ytringsfriheten skal være begrenset, at arbeidsgiveren bare kan påberope seg skade på sine *legitime* interesser. I praksis vil en betraktningssmåte kunne være at lojalitetsplikten ikke kan påberopes for å beskytte, skjule ulovlige, uetiske eller skadelige handlinger. Dersom arbeidstaker skulle bestemme seg for å varsle i medhold av aml 2-4 om et kritikkverdig forhold, for eksempel et mulig

⁷⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) punkt 4.2.4.2.

⁷⁹ Ot.prpr nr.84(2005-2006) punkt 4.2.4.2.

korruptsjonsforhold, er det et spørsmål om arbeidsgiver overhodet kan påberope seg en lojalitetsplikt fra arbeidstaker. Dette fordi et korruptsjonsforhold kanskje ikke vil være å betrakte som en skade på arbeidsgivers *legitime* interesser. I de tilfeller hvor en virksomhet viser seg å være innblandet i korrupt, ulovlig, umoralsk eller annen skadelig aktivitet utgjør slike forhold ikke en legitim interesse og dermed fortjener den kanskje ikke å bli beskyttet av lojalitetsplikten⁸⁰. I tillegg kan det hevdes at både offentlige og private virksomheter har eller i alle fall bør ha en interesse i at deres virksomhet utføres innenfor lovens rammer og også innenfor etiske rammer, noe som igjen taler for ytringsfrihet i slike tilfeller⁸¹. En kan si at en ”whistleblowing” som er begrunnet i reelle forhold kan sies å være lojalt i forhold til virksomheten selv om enkeltpersoner kan bli hardt rammet som følge av varslingen⁸².

5.4 Lojalitetskravet – fortsatt gjeldene rett?

Som nevnt tidligere i oppgaven er det gjennom rettspraksis lagt til grunn at det foreligger en ulovfestet lojalitetsplikt i arbeidsforhold. I nåværende aml § 2-4 sies det ingenting om lojaliet. Derimot var det i det opprinnelige forslaget til aml § 2-4⁸³ foreslått at varsler-bestemmelsen skulle inneha et krav om at varslingen må skje på en ”lojal måte”. Dette forslaget ble imidlertid forkastet. Innvendingene mot forslaget gikk blant annet ut på at det lett kunne bli slik at arbeidstakeren som hadde varslet om et forhold kunne bli utsatt for spørsmål om vedkommende hadde opptrådt tilstrekkelig lojalt ovenfor arbeidsgiveren⁸⁴. Med dette kunne det lett bli en fordreining av spørsmålet, det vil si fra hovedspørsmålet om det forelå kritikkverdige forhold ved virksomheten, til spørsmålet om arbeidstakerens fremgangsmåte hadde vært lojal nok. En slik fordreining av spørsmålet var ikke ønskelig fra lovgivers side og kravet om varsling på lojal måte ble derfor tatt ut av bestemmelsen. Lovfesting av lojalitetskravet i aml § 2-4 ble dermed forkastet.

⁸⁰ Kyrre Eggen, ”Ansattes ytringsfrihet- rettslige bånd eller gyldne lenker?”, s19

⁸¹ Kyrre Eggen, ”Ansattes ytringsfrihet- rettslige bånd eller gyldne lenker?”, s19

⁸² Kyrre Eggen, ”Ansattes ytringsfrihet- rettslige bånd eller gyldne lenker?”, s19

⁸³ Arbeidsmiljøloven 2005- en introduksjon, av Henning Jakhelln og Helga Aune s 34, jf Ot.prp.nr 49 (2004-2005)

⁸⁴ Arbeidsmiljøloven 2005- en introduksjon, av Henning Jakhelln og Helga Aune s 34

Spørsmålet blir derfor om det *etter* at lojalitetskravet ble forkastet kan sies å eksistere et ulovfestet lojalitetskrav hva gjelder varslingsreglene i arbeidsforhold?

I og med at lovgiver ikke ønsket å innta et lovfestet lojalitetskrav i aml § 2-4 kan dette trekke i den retning av at lovgiver prioriterte ytringsfriheten fremfor lojalitet ovenfor arbeidsgiver. Utifra hvordan aml § 2- 4 nå lyder så innebærer det ”at det ikke kan innfortolkes i bestemmelsen et lojalitetskrav av samme grad og i samme utstrekning som tidligere rettspraksis synes å ha basert seg på.” Lojalitetskravet må med andre ord justeres i den sammenheng ⁸⁵. Umiddelbart synes det med dette å ligge en viss svekkelse av lojalitetskravet etter at den nye aml § 2-4 trådte i kraft, altså fra og med 1 januar 2007.

En annen mulig tilnærming til spørsmålet om det kan sies å foreligge et lojalitetskrav etter aml § 2- 4 trådte i kraft 1 januar 2007 er på følgende måte: Selv om lovgiver forkastet forslaget om at lojalitet skulle innntas i den nye bestemmelsen trenger det nødvendigvis ikke å bety at man forkaster spørsmålet om det i det hele tatt foreligger en lojalitetsplikt i arbeidsforhold, det vil si hva gjelder varslingsreglene. Begrunnelsen for at man *ikke* skulle innta lojalitetskravet i bestemmelsen var at man ikke skulle flytte fokus fra selve varslingen til om varsleren hadde opptrådt på lojal måte. Dette kan etter mitt syn forstås mer som et uttrykk for at man *ikke* ville flytte fokus fra det viktige til det mindre viktige. At lojalitetskravet ikke ble inntatt kan ses mer som et uttrykk for en prioritering. Ved å velge å ikke innta lojalitetskravet ville det kunne bidra til at formålet (styrke rettsvernet) med aml § 2-4 lettere ville realiseres. Å prioritere og ikke innta lojalitetskravet vil derfor nødvendigvis ikke måtte bety at man forkaster lojalitetskravet i sin helhet. En kan stille spørsmål om lojalitetsplikten med den nye § 2-4 reelt ble svekket, men å si at det ikke lenger eksisterer noe lojalitetskravet hva gjelder varslingsreglene etter mitt syn være å trekke det altfor langt.

Konklusjonen slik jeg ser det blir med dette at lojalitetskravet fortsatt er eksisterende og gjeldene rett hva gjelder ytringsfrihet og varslingsreglene i arbeidsforhold. Om ikke like sterkt og klart

⁸⁵ Brev til Arbeids og sosialkomiteen fra Henning Jakhell, ang forslaget til ny § 2-4. I tillegg Arbeidsmiljøloven 2005- en introduksjon s39

som det er slått fast i tidligere rettspraksis, så er det fortsatt et ulovfestet prinsipp i arbeidsforhold og som får innvirkning hvor en arbeidstaker har varslet om et kritikkverdig forhold ved virksomheten vedkommende arbeider for.

5.5 Forsvarlighetskravet versus lojalitetskravet – to sider av samme sak?

Selv om aml § 2-4 ikke inneholder noe lojalitetskrav i de tilfeller hvor en arbeidstaker varsler, oppstilles det imidlertid et krav om at varsling skal skje på forsvarlig måte i bestemmelsens annet ledd. Et sentralt spørsmål er derfor å klarlegge forskjellen på dette forsvarlighetskravet i forhold til lojalitetskravet. Og er det i realiteten noen forskjell på ”forsvarlig fremgangsmåte” og ”lojal varsling”? Og hvilken betydning har det for adgangen til varsling/fremme varsling at forsvarlighetskravet ble tatt inn i aml § 2-4 mens lojalitetskravet ble forkastet?

5.5.1 Forsvarlighetskravet versus lojalitetskravet.

Hva som er forsvarlig varsling i henhold til aml § 2-4 vil bli redegjort for senere i oppgaven hvor de nye varslingsreglene blir utførlig behandlet. Her vil jeg se litt nærmere på den praktiske betydningen av forsvarlighetskravet og hvilken realitetsforskjell det er i dette kravet sett i forhold til det **lojalitetskravet** som ble forkastet av Stortinget.

At en varsling må være forsvarlig innebærer i korte trekk at varsleren må være aktsom i forhold til det vedkommende skal varsle om, at varsleren må si ifra på riktig måte (internt eller eksternt) i tillegg skal det i forsvarlighetsvurderingen ses hen til varslingsens skadepotensiale samt om varslingen er av allmenn interesse. At en varsling må skje på *lojal* måte vil muligens kunne sies å være et noe annet forhold enn forsvarlighetskravet selv om to størrelsene synes å være ganske like. Lojalitet (lojalitetskravet) innebærer et tillitsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Følgelig betyr dette at arbeidstaker skal opptre i samsvar med arbeidsgivers interesser og lojalt fremme disse⁸⁶. I praksis betyr dette at en arbeidstaker kan si ifra om et forhold på forsvarlig måte selv om dette kanskje ikke vil være lojalt ovenfor arbeidsgiver. Å si ifra til pressen om et korrupsjonsforhold i virksomheten man arbeider for vil kunne være en

⁸⁶ NOU 2004:5 punkt 18.2.2.

forsvarlig fremgangsmåte. Det vil imidlertid ikke nødvendigvis være så lojalt ovenfor arbeidsgiver.

Vi ser med dette at det er en viss nyanseforskjell på lojalitetskravet i forhold til forsvarlighetskravet. Som nevnt ovenfor ble forslag om et lojalitetskrav inntatt i den nye § 2-4 forkastet. Forslaget om at varslingen skal skje på ”forsvarlig fremgangsmåte” ble imidlertid inntatt i bestemmelsen. Hvorfor valgte man så å innta dette kravet i bestemmelsen?

Begrunnelsen for hvorfor man ønsket å ha med forsvarlighetskravet i § 2-4 er iflg forarbeidene at man søkte videreføre den ulovfestede lojalitetsplikten i forhold til varslingssituasjonen⁸⁷.

Med andre ord, ved innføringen av forsvarlighetskravet søkte man å opprettholde lojalitetskravet men ved å la det fremgå indirekte av forsvarlighetskravet i aml § 2-4 (2). Av den grunn ser vi at det er mange av de samme momenter som må vektlegges *både* i forsvarlighetsvurderingen etter aml § 2-4 **og** i vurderingen av om en ytring anses å være illojal. Et viktig poeng med forsvarlighetskravet er å ikke innskrenke retten til å si ifra men å stille visse krav til måten varslingen skjer på. I så måte ser en at lojalitetskravet ikke er blitt forkastet hva gjelder varslingreglene i arbeidsforhold. Likevel er formålet med § 2-4 ikke bare å stille krav til måten å varsle på men også å *fremme* varsling. Spørsmålet er så om bestemmelsen bidrar til varsling.

Det var på bakgrunn av ønsket om å fokusere på varslingsinnholdet og *ikke* på selve fremgangsmåten for varsling at forslaget om lojalitet inntatt i § 2-4 ble forkastet av Stortinget. Ser en denne begrunnelsen i lys av forsvarlighetskravet kan en stille spørsmålet om ikke forsvarlighetskravet fungerer på samme måte som lojalitetskravet ville ha gjort. Med det mener jeg at det er et spørsmål om ikke kravet om forsvarlig fremgangsmåte får fokus fremfor kjerneområdet, det vil si selve varslingsinnholdet.

⁸⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006)punkt 9

Svaret på dette er etter mitt syn ja. Ved å innta forsvarlighetskravet i § 2- 4 flyttes fokus til å dreie seg om hvordan arbeidstakeren skal varsle på en riktig fremgangsmåte. På den måten bidrar ikke forsvarlighetskravet til å realisere formålet om å fremme varsling om kritikkverdige forhold. Skulle bestemmelsen realiseres etter sitt formål burde forsvarlighetskravet blitt tatt ut av bestemmelsen, med samme begrunnelse som at lojalitetskravet ikke skulle inntas i § 2-4. På den måten kan lojalitetskravet og forsvarlighetskravet sies å være to sider av samme sak. Selv om det er nyanseforskjeller på hva som ligger i de to begrepene har de i alle fall ett felles trekk: De bidrar til å flytte fokus fra kjerneområdet, selve varslingen, til en vurdering av om varsleren har opptrådt på forsvarlig fremgangsmåte. Som Henning Jakhelln har uttalt: ”Man tar spilleren og ikke ballen”⁸⁸.

6 Nærmere om innholdet i de nye varslingreglene- aml § 2- 4 og § 2- 5.

6.1 En liten historie.

Peder Ås er ansatt hos Gilde. En dag oppdager han at det viser seg å være salmonella i de pølsene som skal sendes ut til de ulike butikkene, og trolig er salmonella-pølsene allerede sendt ut til kundene. Dersom kundene får i seg dette vil de kanskje kunne bli veldig syke. Hva skal Peder gjøre? Skal han si ifra til sjefen sin og samtidig si ifra til media for å forhindre at folk kjøper disse pølsene? Eller skal han kun si ifra til sjefen sin så får sjefen hans avgjøre hva som skal foretas ovenfor kundene? Og hva hvis sjefen så velger å *ikke* gå ut offentlig med denne kunnskapen om salmonella i pølsene? Hva med Peder Ås da? Vil ikke han føle ansvar dersom folk skulle bli syke og han valgte å ikke varsle om dette i all offentlighet?

Peder Ås står altså ovenfor et dilemma. Historien illustrer den problemstillingen man kan stå ovenfor som varsler - ”whistleblower”. I det følgende vil det bli redegjort for hvilke regler som gjelder og hvilket rettsvern man har dersom en skal varsle om et kritikkverdig forhold.

⁸⁸ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, s 314

6.2 Kritikkverdige forhold- hva ligger i dette?

Det rettslige grunnlaget for adgangen til varsling er arbeidsmiljøloven § 2- 4(1). Bestemmelsen gjelder både virksomheter i privat og offentlig sektor og alle stillingskategorier⁸⁹. I tillegg rammes bestemmelsen både av intern og ekstern varsling⁹⁰.

Hovedreglen er altså at det påhviler en *rett* til å varsle om kritikkverdige forhold ved virksomheten. Problemstillingen blir hva som ligger i ”kritikkverdige forhold”.

Når det gjelder hva som rammes av kritikkverdige forhold kan det sies at det er en rekke forhold som rammes av dette begrepet. Korrupsjon, ulovligheter og ukultur er noen eksempler på hva som omfattes av begrepet. Men også skadelig aktivitet og forhold som innebærer en trussel for liv eller helse kan være kritikkverdige forhold⁹¹. Eksempelsvis vil misbruk av offentlige midler og forurensing rammes av begrepet. Det er videre antatt at ”brudd med virksomhetens etiske retningslinjer” og ”alminnelige etiske standarder som det er bred tilslutning til i samfunnet” omfattes av begrepet⁹². Slike rutiner/retningslinjer bør imidlertid være tydelige uttalte og bør de være skrevet ned og være gjort kjent for de ansatte og ledelsen⁹³. Selve varslingen om slike forhold kan skje ved at det gis opplysninger muntlig. Alternativt kan varslingen skje gjennom at dokumenter gis til media, faglige forum, tilsynsmyndigheter m.m.⁹⁴.

Utifra dette synes det klart at det er mye som rammes av ”kritikkverdige” forhold. Likevel må det trekkes en grense for hva som kan omfattes av begrepet. Dersom en arbeidstaker hevder at et forhold er kritikkverdig utifra en egen politisk eller etiske overbevisning, vil dette ikke

⁸⁹ Arbeidsmiljøloven (varsling) Ot.prp.nr. 84 (2005-2006)(endringslov), merknad 9.

⁹⁰ Arbeidsmiljøloven (varsling) Ot.prp.nr. 84 (2005-2006)(endringslov), merknad 9.

⁹¹ Jakhelln, ”Oversikt over arbeidsretten”, s 314.

⁹² Jakhelln, ”Oversikt over arbeidsretten”, s 314.

⁹³ Arbeidsmiljøloven (varsling) Ot.prp.nr. 84(2005-2006)(endringslov), merknad 9

⁹⁴ Arbeidsmiljøloven (varsling) Ot.prp.nr. 84(2005-2006), merknad 9

omfattes av aml § 2-4⁹⁵. Slike personlige overbevisninger vil være dekket av ytringsfrihetsbestemmelsen i henhold til grunnloven § 100.

6.3 Forsvarlighetskravet.

Arbeidsmiljøloven § 2-4 annet ledd stiller opp et krav om at ”fremgangsmåten ved varslingen skal være forsvarlig”. Et formål med forsvarlighetskravet er å oppstille krav til fremgangsmåten for varsling. En ønsker ikke med dette kravet å begrense retten til å si ifra⁹⁶. Hvorfor man har et slikt krav om forsvarlighet er også at en ønsker å verne arbeidsgiver og virksomheten mot unødige skade som *kan* bli en konsenkvens i de tilfeller hvor varslingsretten misbrukes⁹⁷. Vernehensyn er altså et viktig hensyn bak forsvarlighetskravet i aml § 2-4. Forsvarlighetskravet fungerer som en slags sikkerhetsventil for arbeidsgiver i de særlige tilfeller varslingen kan skade arbeidsgiver unødige. Det betyr i praksis at arbeidstaker som kommer med ugrunnede påstander som det ikke er belegg for **ikke** vil være vernet av varslingsreglene. Et eksempel på at en arbeidstaker ikke ble ansett vernet av ytringsfriheten er Rt 2003 s 1614 ”Telenor- saken”. Her hadde arbeidstaker fremsatt beskyldninger om kritikkverdige og straffbare forhold mot navngitte personer i Telenorkonsernets ledelse. I dette tilfellet kom Høyesterett til at beskyldningene savnet grunnlag i reelle forhold og at uttalelsene var egnet til til å undergrave den nødvendige tillit som konsernets øverste leder og styreformann var avhengig av i tillegg til å skape uro blant de ansatte. Det ble av Høyesterett ansett som rettmessig å avskjedige denne personen⁹⁸. Det illustreres med denne dommen at varslingen kan være illojal og at man ikke i kraft av ytringsfriheten kan si hva man vil når man er en del av et arbeidsforhold. Dommen ble altså avsagt i 2003 og rettsstilstanden idag er endret på den måten at vi nå har regelen i aml § 2-4 som regulerer problemstillingen som gjelder i denne dommen- altså om adgangen til å fremme kritiske ytringer. Spørsmålet om arbeidstakerens ytring var illojal eller om den falt innenfor ytringsfriheten ville idag måtte

⁹⁵ ”Oversikt over arbeidsretten”, s 314.

⁹⁶ Arbeidsmiljøloven (varsling) Ot.prp.nr. 84(2005-2006), merknad 9

⁹⁷ Artikkel fra IDUNN, ”Arbeidstakeres varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven”, av seniorrådgiver Dr juris Elisabeth Vigerust, se punkt 7.2.

⁹⁸ Jakhelln, ”Oversikt over arbeidsretten ” s 472

gjøres utifra en vurdering av aml § 2-4. Resultatet ville idag slik jeg ser det trolig bli det samme. Ytringene var ansett for å savne grunnlag i reelle forhold og de var av svært alvorlig karakter. Slike ytringer kan heller ikke etter dagens lovregler være ansett for å falle innenfor de ytringer ytringsfriheten er ment å verne.

Problemstillingen i det neste blir å finne ut hva som ligger i **forsvarlighetskravet**, jf § 2- 4 (2). Med andre ord, hvordan kan man vite om en varsling er forsvarlig eller ikke?

Det at fremgangsmåten skal være forsvarlig innebærer blant annet at det oppstilles et aktsomhetsansvar for den som varsler. Varsleren må være i *aktsom god tro* med hensyn til riktigheten av det vedkommende varsler om⁹⁹. Videre er det et viktig moment i forsvarlighetsvurderingen *hvem* det blir sagt fra til (internt eller eksternt), hvilket *skadepotensiale* ytringen innehar samt om opplysningene det sies fra om er av *allmenn interesse*¹⁰⁰. Også i forsvarlighetsvurderingen vil de moment som gjøres under vurderingen av om en ytring er lojal kunne være av betydning (se ovenfor under punkt 5.2) . For eksempel vil det kunne ha en viss betydning hvilket motiv arbeidstaker hadde med varslingen og også hvilken uttrykksform varsleren hadde på varslingstidspunktet(se drøftelsen under punkt 5.2.2 og 5.2.3).

6.3.1 Kravet om aktsom god tro.

I vurderingen av om en varsling er ansett for å være forsvarlig vil riktigheten av opplysningene det blir varslet om være av betydning. Når en arbeidstaker varsler skal vedkommende være i aktsom god tro om de opplysningene det varsles om. Men det kan skje at arbeidstaker tar feil av opplysningene det ble varslet om, det vil si at det viser seg å ikke foreligge noe kritikkverdig forhold ved virksomheten. Et sentralt spørsmål er hvorvidt varsleren i så måte kan sies å ha vært aktsom nok? I slike tilfeller vil det *ikke* være avgjørende og utslagsgivende at arbeidstaker faktisk tok feil. Arbeidstakers (varslerens) aktsomhet skal vurderes utifra det

⁹⁹ Innst.O.nr.6 side 10

¹⁰⁰ Artikkel fra IDUNN, "Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven", av seniorrådgiver Dr juris Elisabeth Vigerust, se pkt 7.2.

tidspunkt hvor varslingen fant sted ¹⁰¹. Det som vil være avgjørende er hva arbeidstakeren hadde rimelig grunn til å tro på det tidspunkt vedkommende varslet, dette sett i lys av den kompetanse og posisjon arbeidstakeren hadde det ble varslet. En må også i aktsomhetsvurderingen se hen til hvilke opplysninger som var tilgjengelige på varslings tidspunktet. Dette vil altså være sentrale momenter i aktsomhetsvurderingen.

6.3.2 Betydningen av varslingsmåten.

Dersom man velger å varsle om det en mener er et kritikkverdig forhold vil et sentalt moment i forsvarlighetsvurderingen være hvorvidt den som varsler sier ifra internt eller eksternt. Hovedårsaken til at dette er et sentralt moment er at en ekstern varslings vil få mer vidtrekkende konsekvenser for virksomheten og det må derfor utvises større aktsomhet enn ved intern varslings. I det følgende vil det bli redegjort for hvordan forsvarlighetskravet skal vurderes i lys av de to ulike varslingsmåtene.

Sett at Peder Ås som i tilfellet ovenfor finner ut det er salmonella i pølsene til Gilde. Idet han finner ut av dette velger han å gå til sin nærmeste sjef å si ifra om dette. Peder Ås varsler altså internt. Intern varslings betyr at man varsler innad i en virksomhet- enten i henhold til virksomhetens rutiner eller på en annen ryddig måte sett i forhold til hvordan virksomheten er organisert¹⁰². Det kan være at man varsler til nærmeste sjef eller til en annen ansvarlig person som arbeider i virksomheten. Skulle man ønske å varsle om forhold som gjelder ens egen sjef kan en velge å varsle videre til en annen- for eksempel til verneombud eller en tillitsvalgt. Sistnevnte vil alltid anses for å være forsvarlig varslings. Typiske eksempler på forhold som en kan varsle internt om vil være at arbeidstaker har kritiske synspunkter hva gjelder sjefens måte å lede på, om virksomhetens produksjonsmåte og arbeidstid m.m.

En sentral problemstilling er imidlertid når en intern varslings *ikke* kan anses for å være forsvarlig?

¹⁰¹ Arbeidsmiljøloven (varslings) Ot.prp.nr. 84 (2005-2006)(endringslov), merknad 9

¹⁰² Ot.prp.nr84(2005-2006), merknad 9, kommentar til §2 -4

Det er antatt at det er kun i helt spesielle tilfeller at en intern varsling *ikke* anses for å være forsvarlig etter § 2-4 (2)¹⁰³. En må med andre ord trekke en grense nedad mot de forhold som faller utenfor varslingsretten i henhold til bestemmelsen. I mange tilfeller vil det foregå diskusjoner og uenigheter mellom arbeidstakerne om hva som er bra og hva som er dårlig ved en arbeidsplass. Hvis en person varsler om og kritiserer virksomheten han arbeider i på en utilbørlig måte som medfører dårlig arbeidsmiljø vil det kunne anses å falle utenfor varslingsretten etter denne bestemmelsen. Hvor arbeidstakeren også kommer med helt usaklige påstander/ytringer ovenfor andre arbeidstakere eller ovenfor konkrete personer vil dette kunne anses å ligge utenfor forsvarlighetskravet i § 2-4. I slike tilfeller vil det snarere kunne være snakk om at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett kan gå til oppsigelse av denne personen. Nettopp dette er slått fast i en dom fra Arbeidsretten, ARD 1978 s 65¹⁰⁴. Her la Arbeidsretten til grunn at en arbeidstaker under sitt samarbeid og samvær med med arbeidskamerater tar opp arbeidsforholdene ved bedriften til kritisk drøftelse ikke var noen saklig oppsigelsesgrunn. Men en arbeidstaker kunne ikke ”hengi seg til politisk diskusjon og agitasjon, kombinert med kritikk av arbeidsforholdene på bedriften, i en slik utsterkning og med en slik intensitet at arbeidstakerne føler seg plaget og fraber seg en fortsettelse”, og fant at den ansatte ”på tross av advarende og inntrengende henstillinger om å la være- uanfektet hold fram med å utsette sine arbeidskamerater for plagsomt pågående politiserende agitasjon og kritikk av forholdene på bedriften, med en tiltagende uro og disharminisk samarbeidsatmosfære som resultat”¹⁰⁵. I slike tilfeller som nevnt her vil altså ikke en intern varsling/ytring kunne sies å være i samsvar med forsvarlighetskravet. Likevel er den store hovedregelen at intern varsling stort sett alltid vil være rettmessig, det er kun unntaksvis at en intern varsling/ytring anses for *ikke* å være rettmessig.

6.3.3 Offentlig varsling.

Med offentlig varsling siktes det blant annet til de tilfeller hvor en arbeidstaker varsler om et forhold til pressen, for eksempel til tv eller aviser. Eller det kan være at vedkommende varsler

¹⁰³ Ot.prp.nr.84(2005-2006), kommentar til §2 -4

¹⁰⁴ Jakhelln s 309

¹⁰⁵ Jakhelln s 309

gjennom blogging. Med offentlig varsling siktes det til varsling gjennom kommunikasjonskanaler med en stor og åpen mottakerkrets¹⁰⁶. Når det gjelder ekstern og da spesielt offentlig varsling- altså varsling utad, er bildet betydelig mer sammensatt enn ved intern varsling. Hensynet til lojalitet ovenfor arbeidsgiver tilsier at arbeidstaker her bør være forsiktig med hva vedkommende går ut med. Offentlige ytringer har et mye større skadepotensiale enn hva en intern ytring har. Det er derfor på det rene at grensene for adgangen til forsvarlig ekstern varsling anses for å være betydelig strammere enn ved intern varsling. Imidlertid er en ekstern varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter alltid ansett for å være forsvarlig, jf aml § 2-4 (2) annet punktum.

Problemstillingen som er sentral å se nærmere på er *når* en offentlig varsling kan anses forsvarlig.

En rekke momenter må vurderes i tilknytning til hvorvidt den offentlige varslingen er å anse som forsvarlig. For det første må den som varsler være i god tro (se drøftelse ovenfor).

For det andre er det et viktig moment hvorvidt de opplysningene varsleren gir er av allmenn interesse. Bestemmelsen avgrenses altså mot opplysninger som gis offentlig men som er av personlig interesse- slike tilfeller faller ikke inn under varslingsbestemmelsen. Unntaksvis kan det være at den personlige interesse, for eksempel interne personkonflikter, vil være av offentlig interesse. Dette vil avhenge av hva slags virksomhet det er snakk om og hvilke personer det gjelder. Et typisk eksempel på en sak som mange mente kun var en personkonflikt internt i et firma (her LO) var Yssen- Valla saken. Deres konflikt ble som kjent et tema som var gjenstand for offentlig debatt i lang tid.

Hva slags opplysninger det varsles om er, som nevnt, sentrale moment i forsvarlighetsvurderingen. Det kan være så mangt det blir varslet om, for eksempel korrupsjon, ulovligheter, brudd på etiske retningslinjer eller interne problemer. Graden av alvorlighet vil

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2005) punkt 9

være av betydning for om varslingen er forsvarlig. Korrupsjon vil typisk være et forhold av allmenn interesse og det vil derfor kunne anses for å være forsvarlig å varsle offentlig om dette. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at ytringsfrihetsvernet står sterkere i de tilfeller hvor hensynene som ligger bak ytringsfriheten trekker i den retning at allmennheten bør få vite om forholdene¹⁰⁷. Dette vil da typisk kunne være korrupsjonsforhold. Likevel er det lagt til grunn at kravet om allmenn interesse ikke vurderes strengt¹⁰⁸.

Et annet moment som derimot skal vurderes strengt er hvorvidt arbeidstakeren har varslet *internt* før den eksterne varslingen fant sted. Arbeidsgiver er pålagt å tilrettelegge for varslingsrutiner iht aml § 3-6. Foreligger det ikke slike rutiner bør arbeidstaker likevel ta opp forholdene med en representant for ledelsen der arbeidstakeren jobber. Det skal altså som utgangspunkt varsles internt før man eventuelt går ut offentlig med varslingen. Dette kan begrunnes både i lojalitetshensyn men også av andre hensyn. Blant annet vil det kunne være mest hensiktsmessig å varsle om et kritikkverdig forhold internt først da det er internt i bedriften man ofte kan gjøre noe med problemet. Er det snakk om brudd på etiske retningslinjer i en virksomhet kan det være mest hensiktsmessig og ta opp dette internt, fremfor å ringe VG for å fortelle om dette. I andre tilfeller kan det spørres om det vil være mer forsvarlig å varsle om et forhold utad hvis det er snakk om kritikkverdige forhold ved en virksomhet som kan medføre fare for bevisforspillelse, liv eller helse.

Hvis arbeidstaker mener at det ville være helt uhensiktsmessig å varsle internt først vil det kunne være en grunn for å velge og gå ut offentlig med opplysningene. Dette vil typisk være hvis arbeidstakeren har vært utsatt for trusler fra arbeidsgiver eller hvor det viser seg at andre som har varslet om tilsvarende har blitt utsatt for gjengjeldelser eller utifra det generelle ytringsklimaet i virksomheten¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ot.prp.84(2005-2006)s52

¹⁰⁸ Ot.prp.84(2005-2006)s52

¹⁰⁹ Vigerust s 110

7 De lege –ferenda.

7.1 Noen kritiske bemerkninger til forsvarlighetskravet.

Som nevnt ovenfor kan forsvarlighetskravet sies å innebære en begrensning i i ytringsfriheten. Begrensningen settes for å verne om arbeidsgiver slik at arbeidstakerne skal være lojale mot virksomheten de arbeider for. Forsvarlighetskravet stiller krav om at fremgangsmåten for varsling må foregå innen visse rammer. En viktig problemstilling er hvorvidt en slik begrensning i arbeidsmiljøloven § 2 -4 forhindrer at arbeidstaker varsler **offentlig** om kritikkverdige forhold?

Et av hovedformålene bak de nye varslingsreglene er å styrke retten til å varsle ¹¹⁰. En ønsker ikke bare at varsling skal være lovlig men også ønskelig. Lovgiver vil altså at en arbeidstaker skal si ifra dersom han/henne mener det foreligger et kritikkverdig forhold ved virksomheten. Forsvarlighetskravet i § 2-4 fremstår imidlertid nokså uklart og vagt og hva som er lojalt og hva som er forsvarlig er i noen grad sammenfallende. Det er iallefall i stor grad de samme momenter som begrunner både når en ytring anses lojal og om varsleren har opptrådt forsvarlig nok. Likevel er det ikke i aml § 2-4 (2) angitt hva som om er ”forsvarlig”- med andre ord fremgår det ikke hva som er forsvalighet av bestemmelsen. Dette kan i praksis bety at arbeidstakere vil la være å varsle i frykt for at varslingen deres ikke er forsvarlig nok. Dette kan igjen innebære at bestemmelsen ikke vil fungere etter sitt formål. Slik forsvarlighetskravet fremstår i aml § 2-4 idag, knytter kravet seg til selve varsleren/arbeidstakeren og om denne har opptrådt forsvarlig nok, og ikke hva selve innholdet av varslingen gir uttrykk for. Og ved forsvarlighetsvurderingen (som nevnt ovenfor) skal bare virksomhetens forhold og graden av det kritikkverdige være et moment i forsvarlighetsvurderingen. En ser at spørsmålet rundt dreies om til og konsentreres rundt selve varsleren og i liten grad av det forhold det blir varslet om ¹¹¹.

¹¹⁰ Vigerust s 105

¹¹¹ Se Til Stortingets arbeids- og sosialkomité, ad Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) [whistleblowers] - forslaget til ny § 2-4.

Ta eksempelet med Peder Ås som jobber for Gilde. Han finner ut at det er salmonella i pølsene og lurer på om han skal varsle til media idet han ønsker å forhindre at folk spiser disse pølsene. Sier han ifra til media vil disse opplysningene nå raskt frem til folket. Skal han si ifra om dette og hvordan skal han gjøre dette? Lovteksten stiller et krav om at han må gjøre dette på en forsvarlig måte. Hva som anses for å være forsvarlig sier lovteksten ingenting om. Peder Ås blir usikker og lar derfor være å varsle i frykt for at han kan miste jobben eller at det kan medføre andre sanksjoner for han dersom han ikke varsler på riktig måte. Frykten for å risikere å bli utsatt for gjengjeldelse fra arbeidsgiver vil kunne medføre at arbeidstaker lar være å varsle. For skulle man velge å varsle men at varslingen viser seg å ikke være i samsvar med forsvarlighetskravet i § 2-4 har varsleren heller ikke noe direkte vern iht til aml § 2-5. I slike tilfeller kan arbeidstakeren risikere å bli utsatt for gjengjeldelser fra arbeidsgiver. For mange vil varsling derfor være en for stor risiko å ta. Man velger å ikke si ifra, da risikerer man iallefall ikke å miste å jobben.

En ser derfor utifra dette at den nye § 2-4 og herunder forsvarlighetskravet ikke nødvendigvis vil medføre at flere vil varsle og at varsleren har fått bedret sitt rettsvern. Skulle bestemmelsen fungere etter sitt formål burde det kanskje i lovteksten også blitt stilt opp noen materielle begrensninger og ytterligere presiseringer slik at retten til å varsle og fremgangsmåten fremgikk så klart som mulig. Dette er foreslått av Henning Jakhelln. Han mener det vil være hensiktsmessig med en begrensning som vil lyde slik § 2-4 (2) første punktum:

”Varsling kan likevel ikke skje i skadehensikt, og arbeidstaker må heller ikke urettmessig røpe bedriftshemmeligheter, forretningsforhold av vesentlig konkurransemessig betydning, eller forhold som omfattes av lovfestet taushetsplikt. Arbeidstaker skal først ha varslet internt, med mindre forholdene for arbeidstaker har fremstått slik at intern varsling ikke vil ha noen hensikt”¹¹².

¹¹² Henning Jakhelln, Brev til Arbeids og sosialkomiteen- kommentar til forslag til ny § 2-4.

Etter dette forslaget ville retten til å varsle og dets begrensninger blitt angitt mer presist enn slik bestemmelsen fremstår idag. Dette vil bidra til at potensielle varslere vil kunne forstå hvilke vilkår som må foreligge for at man skal kunne varsle om et forhold på rettsmessig måte. I så måte ville kanskje en slik presist angitt bestemmelse bidra til styrking av varslernes rettsvern?

8 Adgangen til å varsle til tilsynsmyndigheter og i henhold til virksomhetens rutiner.

Som nevnt ovenfor stilles det opp et krav til forsvarlig fremgangsmåte når en velger å si ifra om et kritikkverdig forhold ved en virksomhet. Forsvarlighetskravet gjelder imidlertid **ikke** når det varsles til tilsynsmyndigheter, offentlige myndigheter eller varsling i samsvar med virksomhetens rutiner eller varslingsplikt. Dette er lovfestet i aml § 2-4 (2) annet og tredje punktum. Tilsynsmyndigheter vil typisk kunne være Arbeidstilsynet, Mattilsynet m.m. Et sentralt spørsmål er imidlertid *hvem* som skal anses som offentlig myndighet. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at offentlige myndigheter vil være offentlig organer som har til oppgave å håndheve, føre tilsyn eller overvåke gjennomføringen av lover, for eksempel politiet, Statens forurensningstilsyn og disses overordnede *departementer*¹¹³.

Det fremgår imidlertid av *retningslinjene* for varslingsrutinene i staten¹¹⁴ at varsling til *overordnet* myndighet er å betrakte som ekstern varsling og i følge retningslinjene betyr dette at en overordnet myndighet, som et direktorat eller et departement, etter disse rutinene ikke er å regne som offentlig myndighet etter § 2-4 (2) tredje punktum. Varsling til et departement fra underordnet organ vil derfor etter statens retningslinjer for varsling **ikke** være å betrakte som

¹¹³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) punkt 9 side 52 , merknad til § 2-4.

¹¹⁴ Retningslinjer for utarbeidelse av lokale varslingsrutiner i staten, hentet fra Det kongelige fornying og administrasjonsdepartement se side 8

en varsling til offentlig myndighet men som en ekstern varsling som alltid må vurderes etter *forsvarlighetskravet*.

En kan stille spørsmål ved hvorfor et direktorat eller et departement i henhold til statens varslingrutiner *ikke* betraktes som en offentlig myndighet som det alltid vil være forsvarlig å varsle til. Når en arbeidstaker jobber i et direktorat og ønsker å varsle om et kritikkverdig forhold til departementet (overordnet organ) må en etter de gjeldene rutiner foreta en vurdering utifra at det foreligger en ekstern varsling og i så måte må det vurderes om varslingen er/var forsvarlig. I så måte kan en reise kritikk mot disse varslingsrutinene. Forarbeidene legger til grunn at det alltid vil være lov til å varsle til tilsynsmyndigheter og offentlige myndigheter (herunder overordnede departementer)¹¹⁵ i medhold av § 2-4 (2) tredje punktum mens det i statens varslingsrutiner legges til grunn at varsling til overordnet organ, departement eller direktorat, er å betrakte som en ekstern varsling som må vurderes utifra et forsvarlighetskrav. En kan med dette stille spørsmål ved riktigheten av statens retningslinjer sett i lys av lovgivingen. Det er kanskje noe her som bør endres slik at statens retningslinjer stemmer overens med lovgivingen forøvrig?

9 Varslingsplikt etter arbeidsmiljøloven.

Ovenfor er det redegjort for den *rett* man som arbeidstaker har til å varsle. Spørsmålet er imidlertid om man også har en **plikt** til å varsle om kritikkverdige forhold i henhold til arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljøloven § 2-3 oppstiller en medvirkningsplikt for arbeidstaker. Dette innebærer i praksis at det ikke *bare* er arbeidsgiver som er ansvarlig for virksomhetens helse, miljø og sikkerhetsarbeid. I henhold til aml § 2-3 andre ledd skal arbeidstaker varsle dersom det foreligger feil, mangler eller kritikkverdige forhold ved virksomheten. Eksempelsvis skal

¹¹⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) punkt 9, merknader til lovteksten s 52

arbeidstaker varsle arbeidsgiver dersom vedkommende blir kjent med at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen. Hvis en arbeidstaker velger å varsle i henhold til lovbestemt varslingsplikt vil denne alltid anses for å være lojal. Det innebærer i praksis at varslingen ikke vil komme i konflikt med lojalitetsprinsippet.

10 Avtalefestet taushetsplikt og forholdet til varslingsreglene.

Et sentralt spørsmål i forbindelse med varslingsreglene er hva man kan avtalefeste hva gjelder ytringsfrihet. Med andre ord er det et spørsmål om hva arbeidsgiver kan avtalefeste i kontrakten med arbeidstaker. Dette er et spørsmål om arbeidsgivers styringsrett og hva arbeidsgiver kan bestemme at arbeidstakeren kan uttale skal uttale seg om/ ikke uttale seg om.

Det er på det rene at den lovfestede varslingsrett etter aml § 2-4 får anvendelse uavhengig om det ellers måtte være avtalt eller fastsatt bestemmelser som innskrenker denne rett¹¹⁶. Det betyr i praksis at dersom en arbeidstaker skulle ha underskrevet en kontrakt som innebærer innskrenket varslingsrett så vil ikke dette få anvendelse. Aml § 2-4 vil gå foran en slik avtalefesting. Årsaken til at § 2-4 her får forrang foran en avtalefestet varslingsrett er begrunnet i arbeidsmiljøloven § 1-9. Denne bestemmelsen sier at ”loven ikke kan fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt”. I praksis betyr dette at arbeidsgiver ikke kan avtale en mer innskrenket adgang **til varsling** i forhold til det som følger av loven. På den måten kan bestemmelsen sies å begrense arbeidsgivers styringsrett.

Men hva kan det så inngås avtale om hva gjelder retten til å ytre seg om forhold som gjelder virksomheten man arbeider for- og hvordan vurdere om avtalen har begrenset arbeidstakers rett til å si ifra?

¹¹⁶ Jf Arbeidsmiljøloven a 2005, Jakhelln og Aune s 32

Som det fremgår av denne oppgaven er ytringsfriheten den store hovedregel. Det betyr i praksis at det er strenge begrensninger for når man kan innskrenke ytringsfriheten gjennom lovgiving eller avtale¹¹⁷. For varsling gjelder at man **ikke** kan innskrenke retten til å ytre seg om kritikkverdige forhold. Men hva med andre forhold en arbeidstaker ønsker å ytre seg om? I praksis må en eventuell begrensning uttrykkes gjennom en *tilbørighetsstandard* hvor en foretar nødvendighets og forholdsmessighetsbetraktninger. Spørsmålet om ansattes adgang til å si ifra er et spørsmål om å ivareta de tungtveiende samfunnsmessige hensyn bak ytringsfriheten. Av denne grunn så skal ikke arbeidstakere ensidig kunne gi avkall på sin ytringsfrihet. Skal dette gjøres må det skje innen de begrensningene som måtte følge av en tilbørighetsstandard. Dersom en avtale viser seg å falle utenfor tilbørighetsstandarden, vil erklæringen eller avtalen anses for å være ugyldig¹¹⁸. Et konkret eksempel på en erklæring som ble ansett for å være utilbørlig og som trolig ikke vil ha noen rettslig betydning er en taushetserklæring fra Haukeland sykehus. Erklæringen lød som følger:

” Jeg forplikter meg til å iakttå og bevare fullstendig taushet om hva jeg befarer under mitt arbeid ved sykehuset-såvel med hensyn til pasienter, personalet eller sykehusforhold¹¹⁹. ”

Hva gjelder taushet om pasienter så har arbeidstaker fullstendig taushetsplikt om dette, men i medhold av lovfestet taushetsplikt. Noe annet er hva arbeidstaker kan uttale seg om hva gjelder hensynet til personalet eller sykehusforholdet. Hva som kan avtales rundt dette må altså bero på en skjønnsmessig tilbørighetsvurdering.

Det neste spørsmålet er hvorvidt arbeidsgiver har adgang til å avtale en mer vidtgående varslingsrett. Med andre ord, faller det innenfor arbeidsgivers styringsrett å bestemme at arbeidstakerne i virksomheten kan ha en mer vidtgående varslingsrett enn det loven innehar? Svaret på det er ja. Arbeidsgiver har adgang til å avtale en mer *vidtgående* varslingsrett enn det

¹¹⁷ Jakhelln, artikkel om Ytringsfrihet i arbeidsforhold, side 87

¹¹⁸ Jakhelln, artikkel om Ytringsfrihet i arbeidsforhold, side 87

¹¹⁹ Jakhelln, artikkel om Ytringsfrihet i arbeidsforhold, side 87/ jf Arne Jensen: Tause tjenere (2003) med eksempler og gjennomganger av en rekke kommunale reglementer på dette område.

som følger av loven¹²⁰. Arbeidsmiljøloven kan følgelig fravikes til *gunst* for arbeidstaker. En slik adgang til å avtale en mer vidtgående varslingsrett enn det som følger av loven kan være tariffavtalt, fastsatt i avtale eller instruksfestet¹²¹.

Et sentralt spørsmål i den forbindelse er hva som skjer dersom arbeidsgiveren skulle iverksette sanksjoner mot den arbeidstakeren som har valgt å benytte seg av den vidtgående varslingsretten. Kan arbeidsgiver foreta seg noe ovenfor denne arbeidstakeren?

Skulle et slikt tilfelle oppstå så kan ikke arbeidsgiver iverksette sanksjoner ovenfor arbeidstaker. Dersom arbeidsgiver likevel iverksetter slike aksjoner vil det foreligge et brudd på arbeidsavtalen. Et slikt kontraktsbrudd vil innebære et selvstendig ansvarsgrunnlag for arbeidsgiver. I så måte kan arbeidsgiver måtte risikere å bli erstatningsansvarlig både for eventuelt både ikke-økonomisk tap og for et økonomisk tap.

11 Bevisbyrdeproblematikk.

Når Peder Ås velger å si ifra om et kritikkverdig forhold ved virksomheten er det et sentralt spørsmål hvorvidt det er han eller arbeidsgiver som skal bevise hvorvidt opplysningene det varsles om er korrekt eller ikke. Dette spørsmålet reguleres i § 2-4 tredje ledd. Etter bestemmelsen må *arbeidsgiver* bevise hvorvidt en varsling kan sies å være forsvarlig etter § 2-4, alternativt at varslingen ikke var i samsvar med rutiner for varsling eller i samsvar med varslingsplikt. Med andre ord må arbeidsgiver bevise hvorvidt en varsling er utenfor rammene av ytringsfriheten. Hensynet bak denne bestemmelsen er at det er arbeidsgiver som må begrunne innskrenkninger i ytringsfriheten og ikke arbeidstaker som skal begrunne retten til å varsle¹²².

¹²⁰ Jakhelln og Aune, Arbeidsmiljøloven a 2005- en introduksjon, s 32

¹²¹ Jakhelln og Aune, Arbeidsmiljøloven a 2005- en introduksjon, s 32

¹²² Ot.prp.nr.84(2005-2006)s52

12 Forbudet mot gjengjeldelse.

Ovenfor i punkt 6 er det redegjort for hva man kan varsle om og hva som er den riktige fremgangsmåten for varsling. Så lenge en arbeidstaker har opptrådt i samsvar med § 2-4 har vedkommende et *vern* mot gjengjeldelser fra arbeidsgivers side i henhold til § 2-5.

Bestemmelsen gir med andre ord uttrykk for hvilket rettsvern varsleren har.

Sett at Peder Ås som jobber hos Gilde har varslet til media om at han frykter at det distribuert ut pølser med salmonella til kunder. Dette har han gjort idet han fryktet for kunders liv og helse dersom folk spiste disse pølsene. Som følge av dette blir Peder omplassert i virksomheten. Han får nye arbeidsoppgaver som han ikke liker. Han føler at han har blitt degradert i jobben sin som følge av at han har varslet. Dette tar Peder opp med sjefen sin som forøvrig mener han er berettiget til å foreta en omplassering av Peder. Dette er ingen form for gjengjeldelse men kun endring i arbeidsoppgavene mener Peder sin sjef. Hvem har rett- Peder eller sjefen hans?

12.1 Gjengjeldelsesbegrepet.

Den sentrale problemstilling ligger i hva som ligger i begrepet ”gjengjeldelse”.

Det fremgår av forarbeidene til § 2-5 ¹²³ at begrepet ”gjengjeldelse” skal forstås vidt. Dette innebærer at enhver ugunstig behandling av en arbeidstaker som har varslet kan ses på som en reaksjon på selve varslingen. Denne behandlingen skal som hovedregel anses å være en gjengjeldelse fra arbeidsgivers side. Både formelle og uformelle reaksjoner rammes av dette begrepet. Formelle sanksjoner kan være avskjed, suspensjon eller oppsigelse. Uformelle sanksjoner kan være typisk endring i arbeidsoppgaver eller interne overføringer.

Spørsmålet blir imidlertid om enhver reaksjon som synes å likne gjengjeldelse rammes av gjengjeldelses-begrepet?

Det er antatt at det må trekkes en grense nedad mot motargumenter/reaksjoner som har karakter av gjengjeldelse som arbeidsgiveren kommer med i anledning varslingen.

¹²³Ot.prp.nr.84(2005-2006)s52

Arbeidsgiver er altså berettiget til å kunne stille spørsmål og konfrontere arbeidstakeren om de forhold vedkommende har varslet om. Dette innebærer at arbeidsgiveren kan gi instruks eller advarsler eller ”kalle inn på teppet” i anledning varslingen¹²⁴ - dette ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett. Men arbeidsgiver kan **ikke** iverksette tiltak mot arbeidstakeren i anledning varslingen. Hvis arbeidsgiver skulle gjøre dette vil det som utgangspunkt rammes av gjengjeldelsesbegrepet.

Et annet spørsmål er hva en arbeidsgiver er berettiget til å foreta seg dersom arbeidstakeren sier han kommer til å varsle om et forhold(men har enda ikke gjort det)? Dette er et spørsmål om gjengjeldelsesbegrepet rammer potensielle/mulige fremtidige varslinger.

Det fremgår av § 2- 5 (2) at forbudet mot gjengjelder også gjelder fremtidig varsling. Dette kan typisk være hvis arbeidstakeren truer med å si ifra til pressen dersom ikke arbeidsgiver rydder opp i de kritikkverdige forholdene i virksomheten. Arbeidsgiveren er altså ikke berettiget til å foreta gjengjelder mot arbeidstaker som sier ifra om at han/hun vil varsle om kritikkverdige forhold.

12.2 Delt bevisbyrde.

Sett at Peder Ås gir opplysninger (endringer i arbeidsoppgaver) som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse som følge av varslingen. Disse opplysningene skal legges til grunn dersom ikke arbeidsgiveren sannsynliggjør noe annet, jf aml § 2-5(1) annet punktum. Det er altså et krav om delt bevisbyrde i slike tilfeller. Arbeidstaker må altså først fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse i strid med § 2- 5 første ledd første punktum eller andre ledd. Beviskravene skal ikke være altfor strenge¹²⁵. Dette innebærer at hvis for eksempel en totalendring i arbeidsoppgaver skjer rett etter en

¹²⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006)s52

¹²⁵Vigerust s 112

varsling fra arbeidstakeren vil dette normalt være et tilstrekkelig bevis for at det foreligger gjengjeldelse. Når arbeidstakeren så har fremlagt disse opplysningene er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at endringen i arbeidsoppgavene ikke hadde noen sammenheng med varslingen.

12.3 Gjengjeldelsesforbudet – gjenstand for antitetisk tolkning?

Dersom man varsler om et kritikkverdig forhold i en virksomhet er det i mange tilfeller et spørsmål om det er varslet på forsvarlig måte. Sett at det viser seg at man i et tilfelle *ikke* har varslet på forsvarlig måte, det vil si i henhold til § 2-4- betyr det arbeidsgiver kan iverksette sanksjoner mot varsleren? Med andre ord: Hvilke konsekvenser kan en ikke-forsvarlig varsling få?

Det er ikke automatisk slik at dersom forsvarlighetskravet *ikke* er oppfylt, så vil arbeidsgiver være berettiget til iverksette sanksjoner/ gjengjeldelse mot varsleren. Det at varslingen er skjedd i strid med § 2-4 er kun et minstekrav for at arbeidsgiver har en slik rett ¹²⁶.

Arbeidsgiverens rett til å reagere må bero på hva slags reaksjon som skal anvendes. Er det snakk om å anvende oppsigelse på denne form for gjengjeldelse skal dette vurderes i henhold til aml § 15- 7 og det saklighetskrav som stilles til en oppsigelse (alminnelige regel om oppsigelse). Som hovedregel gjelder at reaksjonen må stå i forhold til hvor grovt bruddet på forsvarlighetskravet i aml § 2-4 er. Med andre ord må det være *proporsjonalitet* mellom reaksjonen fra arbeidsgiver og bruddet på forsvarlighetskravet¹²⁷. Dette innebærer altså at til tross for at arbeidstaker ikke hadde rett til å si ifra på den måten han/henne gjorde vil **ikke** dette automatisk innebære at arbeidsgiver har rett til å iverksette gjengjeldelser. Bestemmelsen må således ikke tolkes antitetisk. En gjengjeldelse vil måtte vurderes i lys av arbeidsmiljølovens krav om saklighet ved oppsigelser, det alminnelige saklighetskravet i offentlig forvaltning og ulovfestede saklighetsnormer¹²⁸.

¹²⁶Vigerust s 111

¹²⁷Vigerust s 112

¹²⁸Ot.prp.nr 84 (2005-2006) s 53

12.4 Om lovstridig gjengjeldelse.

Et sentralt spørsmål er hva som skjer dersom arbeidsgiver urettmessig foretar gjengjeldelse ovenfor en arbeidstaker som varsler om et kritikkverdig forhold.

Utgangspunktet er at den som har blitt utsatt for lovstridig gjengjeldelse kan kreve rett til oppreisning og/eller erstatning etter alminnelige erstatningsregler. Dette er lovfestet i aml § 2-5 tredje ledd. Dersom det viser seg at arbeidstaker har blitt utsatt for en gjengjeldelse fra arbeidsgiver så kan vedkommende kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld, jf aml § 2-5(3) første punktum. Skal arbeidstaker ha krav på erstatning etter § 2-5 (3) tredje punktum er vilkårene at arbeidsgiver har opptrådt uaktsomt eller forsettelig¹²⁹. Videre er det et krav om at arbeidstaker må ha lidt et økonomisk tap og at arbeidstaker kan påvise årsakssammenheng mellom tapet og arbeidsgivers handling¹³⁰.

13 Adgang til anonym varsling?

Et sentralt spørsmål som dukker opp i forbindelse med varslingsproblematikken er om arbeidstaker kan varsle om et kritikkverdig forhold i virksomheten uten å måtte oppgi sin identitet. Dette kan være ønskelig idet arbeidstaker frykter represalier dersom arbeidsgiver får vite at nettopp han/hun har varslet.

Arbeidsmiljøloven regulerer ikke spesifikt i noen bestemmelse om adgang til anonym varsling. Det antas likevel at arbeidstaker kan velge å varsle anonymt¹³¹. Selv om arbeidstakeren velger å gjøre dette kan arbeidsgiver likevel forsøke å finne ut hvem som har varslet. Loven gir ingen holdepunkter som tilsier at arbeidsgiver *ikke* skulle ha adgang til å foreta undersøkelser for å

¹²⁹ Ot.prp84(2005-2006) punkt 4.4.3

¹³⁰ Ot.prp84(2005-2006)punkt 4.4.3

¹³¹ Vigerust s 108.

finne ut av hvem som har varslet om et kritikkverdig forhold i virksomheten. Dersom arbeidsgiver på sin side skulle finne ut hvem som har varslet så vil uansett arbeidstakeren har rettsvern etter aml § 2-5 (så lenge vilkårene i § 2-4 er oppfylt). I forbindelse med de nye varslingsreglene ble det vurdert å lovfeste et forbud mot at arbeidsgiver kan sette i verk tiltak for å finne frem til den anonyme varsleren. Det ble likevel ikke inntatt en slik regel på grunn av at en ikke ønsket en regel som oppmuntret til at anonym varsling skulle bli den normale måten å varsle på.

Til tross for at arbeidsmiljøloven ikke direkte hjemler adgangen til anonym varsling så har det gjennom enkelte bestemmelser blitt lagt til rette for slik type varsling¹³². Hensynet bak disse bestemmelsene er å legge til rette for anonym varsling slik at arbeidstakerne ikke skal kunne frykte represalier fra arbeidsgiveren. Bestemmelsen som tilrettelegger for slik type varsling er aml § 18-2. I de tilfeller hvor arbeidstaker varsler til Arbeidstilsynet i medhold av aml § 18-1 så skal Arbeidstilsynet beskytte sine kilder. Dette innebærer at når Arbeidstilsynet får melding om et forhold som er i strid med loven, skal melderens navn holdes hemmelig, jf § 18-2.

Ytterligere tilrettelegging av anonymitet har vært vurdert i forarbeidene til aml § 3-6¹³³. Men i forarbeidene blir anonym varsling verken anbefalt eller frarådet.

13.1 Fordel eller ulempe med anonym varsling?

Det har i den senere tid vært et sentralt tema i media om hvorvidt det i større grad bør åpnes for anonym varsling i ulike virksomheter. Erfaringsmessig vet man at varslere som står frem utsettes for både mobbing, trusler og en rekke andre sanksjoner¹³⁴. For å unngå å riskere at dette kan skje ønsker man å la anonym varsling fremstå som et alternativ.

Fordelen med anonym varsling er at det sannsynligvis vil være flere som tør å si ifra om kritikkverdige forhold. Kanskje vil flere alvorlige forhold bli oppdaget og se offentlighetens

¹³² Ot.prp.nr.84.(2005-2006)punkt 4.7

¹³³ Vigerust s 117

¹³⁴ Jf boken : ”PÅ BAHN BAKKE”, En varslers historie, av Kari Breirem.

lys. Dette vil i seg selv kunne være bra for samfunnet. Men samtidig kan en anonym varsling kanskje sies å utgjøre en begrensning i ytringsfriheten?

Ytringsfriheten går ut på at man skal kunne stå frem å si sine meninger uten at dette skal føre til represalier. Dersom man velger å si ifra men skjule sin identitet vil det på mange måter ikke være full ytringsfrihet. Da står man jo ikke selv frem å sier hva en mener om en sak, men man skjuler sin identitet samtidig som en ytrer seg om en sak. Og dersom det skulle bli helt legitimt og vanlig å varsle om et kritikkverdig forhold på en anonym måte så vil det naturlig nok bli flere og flere som gjør dette. Dette vil igjen kunne resultere i at færre arbeidstakere vil stå frem offentlig og stå til ansvar for det de har varslet om. Således vil det i seg selv kunne være en ulempe. Man ønsker med de nye varslingsreglene at varsling både skal være ønskelig og lovlig men dersom færre velger å stå frem å si at de har varslet om et kritikkverdig forhold, vil lovreglene ikke kunne sies å fungere etter sitt formål.

Et annet aspekt ved anonym varsling er at slik type varsling kan føre til (mer) tysting og sladring. Terskelen for å si ifra om det en mener er et kritikkverdig forhold, for eksempel ved sjefen sin, vil være mye lavere dersom man kan si ifra helt anonymt om dette. Da vil ikke det man har sagt ifra om kunne medføre gjengjeldelser og sann sett vil mange føle at det er mye bedre å si ifra på denne måten. Ulempen med dette er at det kan medføre at mer av det som varsles om kanskje ikke vil være et reelt kritikkverdig forhold, men kanskje mer misnøye med sjefen eller rett og slett kun hevn ovenfor en sjef man ikke er fornøyd med.

En ser altså utifra dette at det er ulike momenter en må vurdere i forhold til hvorvidt det bør tilrettelegges for anonym varsling. Spørsmålet er hva man ønsker å oppnå med anonym varsling. Ønsker man å oppnå at flere tør å si ifra vil dette trolig kunne være et mål som vil realiseres. Konsekvensen kan bli at det vil bli mer sladring og tysting noe som igjen kan medføre et dårlig arbeidsmiljø. Velger man imidlertid å legge til rette for at varsling skal skje på ordinær måte, uten anonymitet, vil det på sin hånd kunne medføre at færre sier ifra, men til gjengjeld at det som sies ifra er et reelt kritikkverdig forhold og at arbeidstakeren kan fronte det han varsler om. Det vil altså kunne bli færre varslingssaker men tilgjengelig saker som

faller innenfor ”kritikkverdige forhold” i lovens forstand. Og kvalitet er vel kanskje bedre enn kvantitet også hva gjelder varsling?

14 Varsling etter virksomhetens rutiner – en begrensning i offentlig varsling?

I de tilfeller en arbeidstaker ønsker å varsle om et kritikkverdig forhold ved en virksomhet, er det i medhold av § 2- 4 (2) første punktum en rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller varsling i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling. Det at det foreligger en rett til å varsle i samsvar med virksomhetens rutiner må ses i lys av *aml* § 3-6. Etter denne bestemmelsen har arbeidsgiveren en **plikt** til å legge til rette for intern varsling. Denne bestemmelsen er et viktig ledd i helse, miljø og sikkerhetsarbeidet for virksomheten. Arbeidsgiver har som følge av denne bestemmelsen til oppgave å utarbeide rutiner for at varsling kan finne sted. Som følge av bestemmelsen har arbeidsgiver en plikt til å vurdere om det er behov for særlige tiltak som skal være med på å tilrettelegge for at ansatte skal kunne si ifra om det de mener er kritikkverdige forhold i virksomheten. Finner arbeidsgiver etter en vurdering at det er behov for særlige tiltak, har arbeidsgiver en plikt til å iverksette slike tiltak¹³⁵. En kan slutte utifra dette at det påhviler arbeidsgiver en *vurderingsplikt* og en *handlingsplikt*. Men denneplikten gjelder ikke tilrettelegging for offentlig varsling.

En sentral problemstilling er hvorvidt tilrettelegging av intern varsling kan sies å bidra til og forhindre at kritikkverdige forhold kommer frem i offentlighetens lys?

Med den nye bestemmelsen i *aml* § 3-6 ønsker man at det ved utarbeidelse av interne varslingsrutiner skal bli lettere å si ifra om kritikkverdige forhold. Ved å ha faste rutiner og regler for varsling vil det kunne innebære at flere arbeidstakere sier ifra om det de mener er et

¹³⁵ Ot.prp.nr.84.(2005-2006) s 54

kritikkverdig forhold i virksomheten de arbeider for. Slike rutiner kan være retningslinjer for når det skal varsles og hvem det skal varsles til.

Som en konsekvens av de nye reglene er/skal det opprettes landets første *varslingsombud*. Dette skal gjøres på Haukeland Sykehus¹³⁶. Bakgrunnen for denne ordningen var her å oppfylle intensjonene i lovbestemmelsen om varsling på en best mulig måte – herunder § 3-6 om arbeidsgivers plikt til å legge forholdene i virksomheten til rette for varsling. Ved innføringen av et varslingsombud satser man på mer åpenhet rundt det å varsle. En mulig og forsåvidt *tilsiktet* konsekvens av en slik tilrettelegging av varsling vil være at flere tør å si ifra og at det blir sagt ifra om flere kritikkverdige forhold. All denne varslingen vil foregå internt i bedriften. En mulig og naturlig men *utilsiktet* konsekvens av dette kan være at færre saker vil se offentlighetens lys. Tilrettelegging for at varsling skal skje internt vil trolig innebære at de fleste arbeidstakere vil varsle på denne måten. Terskelen for offentlig varsling vil dermed bli høyere når det tilrettelegges godt for varsling internt i bedriften.

Et annet eksempel for tilrettelegging av varslingsrutiner er den nye veilederen fra NHO ”Når sant skal sies”¹³⁷. Denne har til funksjon å veilede norske **bedrifter** om hvordan bedriftene kan etablere varslingsrutiner og også om hva slags betydning det har at man har en åpen bedriftskultur¹³⁸. Veiledningen baserer seg på de nye varslingsreglene og herunder § 3-6 som gjelder utarbeidelse av rutiner for intern varsling. I veilederen legges det opp til at det bør etableres en åpen bedriftskultur hvor det skal være aksept for å ta opp bekymringer og komme med kritikk som gjelder bedriften. NHO ønsker med dette at det i større grad legges til rette for at man utvikler en kultur i bedriften hvor en sier ifra om kritikkverdige forhold og at de kritikkverdige forholdene diskuteres og løses innad bedriften¹³⁹. I forbindelse med utarbeidelse av veilederen er det også utarbeidet en varslingsplakat som kan være et eksempel til

¹³⁶ Tidsskriftet ”Arbeidsmiljø”,

artikkel http://arbeidsmiljo.pht.no/xp/pub/div/temaer/psykososialt_arbeidsmiljo/256626

¹³⁷ ”Når sant skal sies” – en veileder fra NHO om åpen bedriftskultur og varsling

¹³⁸ Veilederen fra NHO s 2

¹³⁹ Veilederen fra NHO s 2

etterfølgelse for landets bedrifter. I varslingsplakaten mener NHO at når det gjelder varsling så er utgangspunktet at varsling skal skje til en av følgende instanser: ansvarlig leder eller organ, til daglig leder eller styreleder. Når det gjelder ekstern varsling sies det i varslingsplakten bare at ”bedriften har lagt til rette for å varsle internt på en god måte. Samtidig har den enkelte alltid rett til å gå til offentlig tilsyn med relevante saker¹⁴⁰”. Det hele kan ses på som en uttrykk for at NHO i all hovedsak mener det er ønskelig at varsling skal skje internt gjennom en varslingskultur og i svært liten grad at varsling skal skje eksternt og/eller offentlig. Slik veilederen fremstår så gir den lett et inntrykk av et ønske om at varsling i all hovedsak bør og skal skje internt i bedriftene. En kan si at på mange måter er det fint at kritikkverdige forhold tas opp internt men i noen tilfeller så vil det ikke være hensiktsmessig å gjøre dette. Noen ganger nødvendiggjør opplysningene at det bør varsles eksternt/offentlig. Det kan derfor muligens rettes en viss kritikk mot veiledningen idet den i liten eller ingen grad gir holdepunkter for når en *ikke* bør varsle internt men snarere si ifra eksternt/offentlig om forholdet det skal varsles om.

Spørsmålet om de nye rutinene om tilrettelegging for intern varsling i henhold til § 3-6 bidrar til å utviske adgangen til ekstern varsling er et viktig spørsmål. Når noe forsterkes vil det ofte skje på motsatt hånd at noe annet svekkes. Med det menes her at god tilrettelegging av interne varslingsrutiner i henhold til aml § 3-6 vil kunne bidra til at offentlig og/eller ekstern varsling svekkes. Grunnen til dette vil være at fokuset i virksomheten vil rettes mot den interne varslingen og ikke mot varsling utad. Det vil kunne dannes en oppfatning om at det å si ifra skal gjøres innad i bedriften. Dette vil kunne være uhensiktsmessig med tanke på at kanskje mye av det det varsles om også burde komme frem i offentligheten. Det kan umulig være noe godt utgangspunkt at kritikkverdige forhold forblir i virksomheten dersom forholdene også er av en slik karakter av offentligheten bør få vite om forholdene. En kan med dette si at varsling etter virksomhetens interne rutiner som har særlig vekt på intern varsling kan sies å utgjøre en begrensning i offentlig varsling.

¹⁴⁰ Varslingsplakaten i veilederen fra NHO

15 Reglene om intern varsling i arbeidslivet.

Siden reglene om krav til rutiner for intern varsling er forholdsvis nye (fra 1 jan 2007) kan det være sentralt å se litt på hva som faktisk er gjort ute i arbeidslivet for å følge opp de nye reglene.

Aml § 3-6 oppstiller altså en plikt for arbeidsgiver til å legge til rette for varsling. Dette innebærer at fra og med den 1 januar 2007 skulle de virksomheter som omfattes av arbeidsmiljøloven, jf aml § 1-2, ha innført interne varslingsrutiner. Ansvar for å føre tilsyn med at dette skjer påhviler Arbeidstilsynet jf aml § 18- 1. Tilsynet kan gi pålegg og andre enkeltvedtak dersom virksomheten ikke overholder bestemmelser i lov, jf aml § 18-6.

I desember 2007 ble det foretatt en aksjon fra Arbeidstilsynets side, ”Aksjon varsling”. Denne aksjonen ble foretatt for å se om arbeidsgiver oppfordrer ansatte til å si ifra om kritikkverdige forhold ved virksomheten og herunder om de har etablert rutiner og tiltak for å håndtere/tilrettelegge for varsling i henhold til aml § 3-6 ¹⁴¹. Det ble foretatt kontroll gjennom to dager i 23 utvalgte arbeidsgiver og arbeidstakerorganisasjoner. De utvalgte organisasjoner ble valgt ut på grunnlag av at de er viktige premissgivere og driver opplæring for flere arbeidsgivere og arbeidstakere i norsk arbeidsliv. Resultatet av kontrollen viste at kun fire av de kontrollerte organisasjonene hadde utarbeidet rutiner til håndtering og tilrettelegging av varsling i egen organisasjon. Flere av organisasjonene hadde kunnskap om de nye varslingsreglene og mente de var viktige, men det forelå altså manglende rutiner. Arbeidstilsynet vil forøvrig følge opp de kontrollerte virksomhetene og vil foreta nye kontroller utover vinteren ¹⁴².

Kontrollen av organisasjonene peker klart i retning av at reglene er såpass nye slik at de ikke har fått fungere i det praktiske liv enda. Muligens burde de nye reglene kommuniseres bedre ut til virksomhetene slik at de får utarbeidet interne rutiner i samsvar med ny lovgiving?

¹⁴¹ <http://www.arbeidstilsynet.no/c26964/nyheter/vis.html?tid=46070>

¹⁴² <http://www.arbeidstilsynet.no/c26964/nyheter/vis.html?tid=46070>

16 Avslutning

Jeg har i denne oppgaven forsøkt å redegjøre for forholdet mellom ytringsfriheten på den ene siden og lojalitetsplikten på den andre siden, i tillegg til å særlig å vektlegge nettopp denne relasjonen i forhold til de nye varslingsreglene i arbeidsmiljøloven. Det fremgår av oppgaven at grensene for ytringsfriheten/ når en ytring skal anses for å være illojal må vurderes i det konkrete tilfelle utifra en rekke momenter. En stor del av oppgaven omhandler lojalitetsplikten ovenfor arbeidsgiver. Forsvarlighetskravet (i § 2-4) er det også redegjort for. Noe av det vanskelige med den nye aml § 2-4 er at bestemmelsen anvender forsvarlighetskravet til tross for at et forslag om å innta et lojalitetskrav i bestemmelsen ble forkastet. Grensene mellom lojalitet og forsvarlighet kan i mange tilfeller være vanskelig å vurdere- i det store og det hele kan det synes som forsvarlighet og lojalitet er to sider av samme sak, selv om det kan sies å foreligge nyanseforskjeller. De hensyn som gjør seg gjeldene for når en ytring anses illojal og når en varsler kan sies å ha opptrådt forsvarlig, er i stor grad de samme.

Avslutningsvis vil det i denne oppgaven være hensiktsmessig å spørre seg hvorvidt de nye reglene i arbeidsmiljøloven har **styrket** rettsvernet til varslerne.

Som det fremgår av oppgaven var formålet med de nye varslingsreglene å styrke rettsvernet til varslerne. At dette er gjort ved lovgiving kan ideelt sett sies å bidra til å styrke rettsvernet til varslerne. I oppgaven har jeg forsøkt å belyse de nye reglene men også kommet med kritikk av forsvarlighetskravet som er inntatt i bestemmelsen, §2- 4(2). Etter mitt syn fremstår forsvarlighetskravet i bestemmelsen mer uklart enn klargjørende. Med dette mener jeg at når regelen sier at noe skal være forsvarlig men ikke **hva** som ligger i denne forsvarligheten så skaper dette usikkerhet i forhold til om en tør å ta skrittet og varsle om et kritikkverdig forhold. Det er ingenting i bestemmelsen som gir føringer på hva som er forsvarlig og dette kan bidra til å svekke hele varslingsbestemmelsen ved at potensielle varslere velger å la være og varsle i frykt for ikke å opptre forsvarlig nok.

Sett de ulike drøftelsene mine i forbindelse med forsvarlighetskravet og det jeg skriver ovenfor så blir min konklusjon at varslingsreglene **reelt** sett ikke er med på å styrke varslernes

rettsvern. De nye varslingsreglene har derfor medført at rettstilstanden ikke er vesentlig endret fra før de trådte i kraft 1 januar 2007.

17 Litteraturliste

Bøker og artikler:

- Henning Jakhelln, "Oversikt over arbeidsretten, 4 utgave"
- Kyrre Eggen, "Ytringsfrihet", utgave 2002
- "På BAHR bakke", En varslers historie, av Kari Breirem.
- Henning Jakhelln, Artikkel: "Ytringsfrihet i arbeidsforhold"
- "Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold.Nye regler i arbeidsmiljøloven", av Dr juris Elisabeth Vigerust
- Arbeidsmiljøloven 2005- en introduksjon. Av Henning Jakhelln og Helga Aune.
- Kyrre Eggen, "Ansattes ytringsfrihet- rettslige bånd eller gyldne lenker?"
- (Recommendation (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member States on Codes of Conduct for Public Officials)- artikkel 16.

Lover og forarbeider og andre kilder:

- "Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.m av 17 juni 2005."

- ”Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17 de Mai 1814.”
- ”Lov om universiteter og høyskoler”, lov 2005- 04-01 nr 15.
- Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK)
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21 mai.nr 30.1999
- Ot.prp.nr 84 (2005-2006)
- Ot.prp.nr 49 (2004-2005)
- NOU 1999:27
- NOU: 2004:5
- NOU 1996:6
- Innst.O.nr 6 (2006-2007)
- Stortingsmelding nr 26 (2003-2004)
- Brev til Arbeids- og sosialkomiteen fra Henning Jakhell: ”Ot.prp.nr 84 om lov om endringer i arbeidsmiljøloven(varsling) – forslaget til ny § 2-4.
- Arbeidstilsynets hjemmesider:
<http://www.arbeidstilsynet.no/c26964/nyheter/vis.html?tid=46070>

- Tidsskriftet "Arbeidsmiljø", artikkel:
http://arbeidsmiljo.pht.no/xp/pub/div/temaer/psykososialt_arbeidsmiljo/256626
- Norsk Lovkommentar 2007, Gyldendal Rettsdata
- Det Kongelige Fornyings og administrasjonsdepartement."Retningslinjer for utarbeidelse av lokale varslingsrutiner i staten".
- "Når sant skal sies"- en veileder om varslingsrutiner fra NHO

Domsregister:

- Rt 1990 s 607
- Rt 1992 s 776 "Sparebanken Nord-Norge"
- Rt 2003 s 1614 "Telenor "
- Rt 1998 s 1357
- Rt 1979 s 770
- ARD 1978 s 65
- Borgarting lagmannsretts dom av 10 februar 1997 (Sjømannsforbundet)
- Uttalelse fra Sivilombudsmannen: sak nr 2005 - 436

